ITALY

Avv. CRISTOFORO ASTORRI

IL DIRITTO DELLE SORGENTI

STUDII

DI LEGISLAZIONE ANTICA

E MODERNA

'Επεὶ καὶ τῶν ὑδάτων πέρι γεωργοῖσι
παλαιοὶ καὶ καλοὶ νόμοι κείμενοι
(Plato, *Νόμων*. VIII, 844).

ROMA
TIPOGRAFIA DELLA R. ACCADEMIA DEI LINCEI
PROPRIETÀ DEL CAV. V. SALVIUCCI
1903

PREFAZIONE

Per compiacere la benevola aspettativa di colleghi ed amici e nella fiducia che non riesca sgradita a quanti si interessano delle questioni riguardanti la disponibilità delle sorgenti, mi sono indotto a pubblicare la mia tesi di laurea, dopo avervi apportato qualche ritocco.

Non si aspetti quindi il lettore di trovare in questo scritto un trattato propriamente detto *sul Diritto delle sorgenti*; ma piuttosto degli appunti, più o meno sviluppati, sulle varie questioni relative alla disponibilità delle acque, esaminate nelle varie epoche del Diritto Greco, Romano, Comune e Civile.

Tuttavia a me sembra che da questi appunti possa trarsi il convincimento che la nostra legislazione attuale in materia di acque ha questo di commendevole, che nelle questioni fondamentali si è gelosamente conformata alle sapienti tradizioni del diritto antico che per secoli ha resistito alla mutabilità dei tempi, perchè basato sopra concetti eminentemente razionali e filosofici.

L'Autore.

PARTE PRIMA

DIRITTO GRECO

INTRODUZIONE

In questa prima parte del presente lavoro mi sono studiato di raccogliere e coordinare nel modo il più completo possibile tutte le più importanti testimonianze che al presente rimangono del diritto attico sulla materia delle acque ed i migliori studii che in questo proposito siano stati fatti. Scopo di ciò è stato il prestare un contributo, per quanto minimo, a fine di mantener viva la memoria della legislazione di un popolo così eminente nella storia della civiltà, e perchè fosse possibile seguire sino al presente lo svolgimento del pensiero giuridico greco-latino in questa parte del diritto. E ciò a tanto maggior ragione che il diritto attico influì certamente su quello romano, così da far rimanere in esso molte delle sue disposizioni legislative, alcune delle quali sopravvivono anche al presente.

Il numero limitatissimo dei testi sui quali si è obbligati a studiare tale materia, e la necessità di discutere e vagliare attentamente ognuno di essi per ritrovare gli elementi che potessero servirci, ci hanno indotto a non limitare questo studio sul di-

ritto greco alle sole sorgenti ma di comprendere altresì in esso, quando cada opportuno, anche le altre acque. A ciò siamo stati confortati anche dall'osservazione che, studiando il complesso delle disposizioni di questa parte della legislazione greca, di cui così poco ci rimane, ci sarebbe riuscito più agevole desumere i concetti generali, che ci fossero poi di guida nell'analisi di quella piccola parte della materia che riguarda le sorgenti. Anche il desiderio di fare un tentativo a cui nessuno si era provato fino ad ora ha contribuito ad indurci a questo lavoro (1).

Molto grave per la natura dello studio cui vado a pormi è il fatto che la maggior parte dei testi riguardanti questa materia sono presi da opere di letterati, anzichè di giuristi. Ciò, naturalmente, ci deve rendere in generale molto cauti sul valore da attribuire ad essi, giacchè è molto probabile che, stante la loro

(1) Fra gli autori antichi il Petitus nelle sue *Leges atticae* (Parisiis, Morelli, 1635) ristampate nella *Jurisprudentia romana et attica* (Lugduni. Bath. apud Verbeek et Kallewier, 1741) colle note del Palmerio, del Grentemesnil, Salvinio, Duker, Wesseling, è forse il più completo. Cita, infatti, e commenta Plutarco nelle vite di Solone e di Temistocle, Gaio l. XIII. D. fin. reg., l'Armenopulo. Il Thysius, *Collatio atticarum et romanarum legum* (ext. in Gronovio, *Thesaurus graecarum antiquitatum*. Lugduni, Bath. (ap. P. Vander de Aa, 1699, t. V) confronta un passo di Plutarco in Solone (n. 9) con la legge XIII, D. fin. reg. tolta dalle opere di Gaio. Alcuni accenni si trovano nei lavori dei Meursio e del Sigonio (in Gronovio, ibid.) ed in altri che indicheremo.

Fra i moderni, a prescindere dalle opere riguardanti le antichità ed il diritto greco in generale, come quelle dell'Hermann, del Thalheim, Meier e Schömann, Lipsius ecc., che hanno solo degli accenni, pochi sono i lavori sulla materia delle acque, e nessuno completa l'esame dei testi esistenti. Il più completo è indubbiamente la monografia del prof. V. Scialoja, *L'orazione di Demostene contro Callicle tradotta ed illustrata in rapporto alla teorica delle servitù prediali in diritto greco*. Estratto dagli Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino, vol. 25. Torino, Clausen, 1890. Molto notevoli sono pure un articolo del prof. Brugi sui *Rapporti di vicinanza in materia di acque nel diritto attico comparato al diritto romano*, in *Arch. giuridico*, vol. 34, p. 297 e segg. e gli studii del Dareste in Francia, sulle leggi di Gortyna, che esamineremo in seguito.

È strano che il Tefly, *Corpus iuris attici* (*Pestini et Lipsiae 1858*) per questa parte è scarsissimo: non riporta altro che un solo testo di Plutarco (n. 1462. *Solon*, 23).

provenienza, si ritrovino in essi delle espressioni inesatte, incomplete od ambigue per quel che riguarda il diritto.

Mi sembra poi opportuno premettere a questo studio alcune altre osservazioni molto importanti.

La speciale natura del suolo attico, giacchè è all'Attica che si riferisce il maggior numero dei testi da esaminare, privo in gran parte di corsi d'acqua e di sorgenti propriamente dette e sprovvisto interamente di fiumi, così da render necessario un uso estesissimo dei pozzi ([1]), ha improntato in questa parte della della legislazione un carattere di relatività, colla sanzione di non pochi e gravissimi temperamenti a quelle che sarebbero potute essere in altre condizioni, le regole ordinarie del diritto. Il criterio della necessità sociale, che spesso si imponeva in questa materia, è riuscito anche ad introdurvi degli istituti giuridici che indarno si cercherebbero negli altri diritti positivi. Da questo fatto derivano due conseguenze. La prima si è che noi non possiamo renderci che con gravi difficoltà un esatto conto dei criterii giuridici e legislativi greci, giacchè non ci è dato di vederli che a traverso le sanzioni che tutelano la pubblica necessità. Questo avvertimento viene confermato da Plutarco. (*Solon*, 23, n. 9) che riconosce appunto nell'aridità del suolo greco la ragione delle disposizioni legislative di Solone: « *Ἐπεὶ δὲ πρὸς ὕδωρ οὔτε ποταμοῖς ἐστιν ἀενάοις οὔτε λίμναις τισὶν οὔτ' ἀφθόνοις πηγαῖς ἡ χώρα διαρκὴς, ἀλλ' οἱ πλεῖστοι φρέασι ποιητοῖς ἐχρῶντο, νόμον ἔγραψεν* ... » e similmente Platone (*Νόμων*. VIII. 844): « *Ἀὔδρία δὲ εἴ τισι τόποις ξύμφυτος ἐκ γῆς τὰ ἐκ Διὸς ἰόντα ἀποστέγει νάματα, καὶ ἐλλείπει τῶν ἀναγκαίων πωμάτων* ... ».

In secondo luogo questa osservaziane toglie, almeno in gran parte, alle disposizioni legislative della Grecia sulle acque, quello speciale carattere di legislazione sociale, come opposto ad individualistica, che alcuni vogliono in esse intravvedere. Riconosciuto, invero, il bisogno estremo di questo elemento, è ben naturale che

([1]) *Ἡ δὲ πόλις ξηρὰ πᾶσα, οὐκ εὔυδρος* (Dicaearcus: *Βίον τῆς Ἑλλάδος* in *Dicaearchi Messenii quae supersunt composita etc. a M. Fuhr-Darmstadii 1841*, p. 140 r. 7) *Ἐπεὶ δὲ πρὸς ὕδωρ οὔτε ποταμοῖς ἐστιν ἀενάοις οὔτε λίμναις τισὶν οὔτ' ἀφθόνοις πηγαῖς ἡ χώρα διαρκὴς, ἀλλ' οἱ πλεῖστοι φρέασι ποιητοῖς ἐχρῶντο* ..... (Plutarchus, *Solon*, § 23, n. 9).

le leggi, anche quelle più delle altre informate a criterii privatisti, debbano essere in questa parte essenzialmente diverse da quello che potrebbero essere, se tale bisogno non fosse sentito. È ben naturale, infatti, che nel contrasto fra lo stretto individualismo ed i diritti di una intera comunità alla propria conservazione, questi debbano prevalere.

Ma da ciò, si badi bene, noi non possiamo certamente dedurre che la legislazione greca fosse, per sè, informata a criterii individualistici e solo in casi eccezionali dovesse cedere alla necessità e derogare ai suoi criterii direttivi. Noi qui non abbiamo altro che il lato negativo della questione; diciamo cioè che la legislazione greca non poteva essere probabilmente diversa da quello che fu. Volere da ciò dedurre una affermazione qualsiasi, sarebbe assolutamente illogico (1).

In altre parole, noi neghiamo che dalle speciali disposizioni in vigore dell'Attica riguardo alle acque si possa argomentare il carattere sociale o meno della legislazione ateniese, come quelle che riguardano un elemento assolutamente necessario alla vita che in quella regione estremamente scarseggiava.

La seconda osservazione si riferisce al valore da attribuire a due lunghi testi di Platone nel dialogo *Νόμων* già citato, a cui spesso dovrò ricorrere in seguito. Pongo qui in principio quest'esame per non essere costretto in seguito ad intercalarlo fra altre questioni.

Come è noto, egli, in questo dialogo, descrive la costituzione legislativa di una città immaginaria, costituzione fatta secondo i suoi principii filosofici. Quando però egli giunge alla legislazione sulle acque, al contrario di ciò che fa nel resto del dialogo, si limita, come già notò il Brugi (2), ad esporre per questa parte, il diritto allora vigente, dicendolo antico e bello, cioè rispondente ai suoi principii filosofici, ed è perciò che egli crede che sarebbe, per questa parte, sconveniente allontanarsene: *Ἐπεὶ καὶ τῶν ὑδάτων πέρι γεωργοῖσι παλαιοὶ καὶ καλοὶ νόμοι κείμενοι*

(1) Il Brugi, loc. cit. aveva bensì notato dalle parole di Plutarco che la siccità del suolo era stata la cagione delle disposizioni soloniche, ma non era però giunto a trarne questa importante conseguenza.

(2) Brugi, loc. cit.

οὐκ ἄξιοι παροχετεύειν λόγοις (1). — L'aver posto queste parole in bocca ad un Ateniese, uno degli interlocutori del dialogo, fa supporre fondatamente che si tratti appunto di leggi ateniesi (2). L'espressione usata da Platone è poi tanto più importante in quanto che essendo nota l'esattezza del suo stile (3) dà affidamento che egli abbia riferito con precisione le leggi allora vigenti. La somiglianza infine delle disposizioni esposte da Solone, nel testo che segue le parole surriferite ed in un altro testo che si trova poco dopo, e che esamineremo a suo tempo, con quelle che Plutarco attribuisce a Solone stesso (4), e che concordano in alcuni punti con quelle riferite da Gaio (5), e con quelle che riscontreremo in altri autori, oltre che confermare il concetto suaccennato, c'inducono a credere che tutte le disposizioni che Platone espone non siano che uno splendido sunto delle disposizioni soloniche, delle quali hanno anche la forma imperativa.

Per tutte queste ragioni riesce possibile fondarsi sulle sue parole, avendo una certezza quasi assoluta di non far altro che seguire le leggi soloniche allora vigenti.

Un ultimo avvertimento. Vi potrebbe essere qualcuno che si meravigliasse di veder vive nella memoria degli Ateniesi, ancora al tempo di Plutarco (50-130 circa d. C.), le leggi di Solone, quando già da più di due secoli essi erano passati sotto la

(1) Platonis, *Opera*. Parisiis, Typ. Didot a. *Νόμων. Βιβλ. Η* n. 844.

(2) Contra Dareste, *Revue des études grecques*, a. 1888, p. 88. Lo Scialoia (loc. cit.) dice: « queste disposizioni delle « leggi » di Platone vanno considerate quali fossero leggi positive sia perchè sono modellate in generale « sopra leggi positive, sia perchè in ogni modo ci dimostrano i concetti « giuridici dell'autore ». Veramente non si comprende perchè si debba essere così diffidenti nell'accettare questi testi dopo che Platone dice tanto esplicitamente che esistono delle leggi antiche sulle acque, che egli le crede belle e che è sconveniente (*οὐκ ἄξιοι*) allontanarsene. Come supporre, che dopo averle tanto lodate ed aver dichiarato di riferirle abbia poi esposto idee proprie, od anche solo le abbia pure fuse con quelle? Egli potrà non averle riprodotte tutte, ma quanto alla loro genuinità, essa non mi sembra discutibile.

(3) Brugi, loc. cit. p. 310, n. 57 cogli autori ivi citati.

(4) Plutarchus, *Βίοι-Σόλων*, § 23, n. 9 e segg.

(5) Gaius, lib. IV, *ad leg. XII tabularum* in l. XIII, D. *finium regundorum*, X, 1.

dominazione di Roma. Ora è da ricordare che la politica dei conquistatori romani consisteva, dopo preso possesso del paese, nel lasciare a questo le proprie leggi, salvo quelle modificazioni che fossero rese necessarie dai rapporti che i peregrini venivano ad avere con i conquistatori. Soltanto colla costituzione di Antonino Caracalla il diritto romano venne esteso a tutte le provincie dell'impero o quasi, onde è certo che fino a quel tempo, la Grecia seguitò a governarsi col proprio diritto. Del resto è anche fuor di dubbio che anche dopo la costituzione di Caracalla, il diritto greco si mantenne in parte in vigore e che reagì anche sul diritto romano [1].

D'altra parte Plutarco stesso attesta che ancora al suo tempo si vedevano in Atene alcuni avanzi delle tavole delle leggi soloniche [2], e la forma della citazione di una di queste fatta da Gaio nel testo suindicato mostra bene che egli doveva avere innanzi, nello scrivere, la disposizione solonica. Sembra infatti che egli non faccia che ricopiare il testo originale, giacchè fa precedere questo dalle sole parole: *Nam illic ita est:...* le quali crediamo che non possano prestarsi ad alcun ragionevole dubbio [3].

§ 1. Distinzione delle acque. — Le acque pubbliche.

È fuori dubbio che nel diritto attico non tutte le acque appartenevano ai privati, benchè mancassero nell'Attica quei grandi corsi che, in modo speciale, sembrano da natura destinati all'uso pubblico. Dal testo platonico sopra citato si dimostra la distinzione tra acque che appartengono a singoli privati ed acque che non appartengono a singoli privati [4].

(1) Cfr. Ferrini, *Manuale delle Pandette*, p. 2 e segg. con gli autori ivi citati e la succinta storia della lotta fra il diritto greco ed il romano.

(2) Plutarchus, *Σόλων*, § 25, pr.

(3) Questo non breve testo greco è molto notevole giacchè ci fornisce con certezza un esempio di formulazione di parecchie disposizioni Soloniche, dando a vedere a qual punto di perfezione fosse giunta fin d'allora la scienza della legislazione presso gli ateniesi.

(4) Plato, op. cit., loc. cit., n. 844: *ἐκ τῶν κοινῶν ναμάτων ..... πηγὰς φανερὰς ἰδιώτου μηδενὸς.*

Fra le prime vanno certamente comprese le sorgenti e le acque raccogliticce in generale (1), non potendovi esser dubbio sul valore da attribuire alle parole di Platone. Ciò non toglie, per altro, che vi potessero esser comprese anche quelle la cui acqua poi veniva condotta in città, ma intorno a ciò nulla sappiamo di positivo.

La questione è più grave rispetto a quella seconda categoria di acque che, per non pregiudicare la discussione, abbiamo comprese sotto la dizione generica di « acque che non appartengono a singoli privati ». E, prima di tutto, esistevano nel diritto greco delle acque « pubbliche » nel senso moderno della parola? Anche di ciò non credo che possa dubitarsi, una volta che Plutarco asserisce così risolutamente l'esistenza di pozzi pubblici (2). — Ma qual'era la condizione delle acque correnti? Quello che subito si può asserire a loro riguardo è che spesso erano sottratte al dominio dei singoli privati. Infatti, Platone parla di *κοινὰ νάματα* le quali parole vanno specialmente riferite a corsi d'acqua (*νάω* = scorro). Nè dal contesto del periodo in cui esse si trovano si può desumere alcun altro dei significati attribuiti a questa voce (fonte, sorgente ecc.), giacchè sembra molto più naturale che si parli di libera facoltà di fare prese lungo il corso di un'acqua, che non direttamente dalla sorgente da cui questo deriva. Platone, pertanto, dice che chiunque voglia, può liberamente derivare a suo vantaggio l'acqua dei corsi pubblici (3). Le leggi di Gortyna sono una conferma di questa disposizione. In esse, infatti, è riconosciuta ai rivieraschi la libera facoltà di far prese d'acqua sul corso del fiume Lethaeos senza incorrere

(1) Ibid., n. 845..... *ὕδωρ ἀλλότριον, εἴτε καὶ πηγαῖον εἴτε καὶ συναγυρτὸν.*

(2) Plutarchus, *Solon*, § 23, n. 9... *ὅπου μέν ἐστι δημόσιον φρέαρ.....* Il Meursio (*Themis attica*. II, c. 19 in Gronovio, *Thes. graec. antiquit.*, V, p. 1980, c. 2 dice a questo proposito: « Quia aquarum penuria esset, lege lata, unum habere puteum communem iussit qui curriculi equestri spatio circa eum adhabitarent », V. pure Meursio, *Solon*, c. XIX, ibid., col. 2034. Ma ciò è molto più ampio di quello che dice il testo.

(3) Plato, loc. cit., n. 844: *ἀλλ' ὁ βουληθεὶς ἐπὶ τὸν αὑτοῦ τόπον ἄγειν ὕδωρ ἀγέτο μὲν ἀρχόμενος ἐκ τῶν κοινῶν ναμάτων.*

in multe, perchè lascino nell'alveo tanta acqua che arrivi ad un dato segno marcato sotto il ponte dell'Agora (1).

Qui però sorge un altro problema:

Quale era più precisamente la condizione in cui si trovavano questi corsi d'acqua? Erano essi pubblici, *δημόσιοι*, come i pozzi di cui parla Plutarco; ovvero il diritto, per cui si esercitavano prese su di essi, si può ricondurre ad alcunchè sul tipo del condominio, sia pure con speciali limitazioni?

Ponendo in raffronto il diritto che le leggi di Gortyna riconoscono ai rivieraschi con quello che Platone dice esistere rispetto ai corsi d'acqua, risulta che tutti, e cioè anche i non rivieraschi, potevano condurre liberamente (senza bisogno di autorizzazione) acqua da questi corsi ai proprii fondi, costituendo per le prese ed i passaggi nei fondi altrui qualche cosa di simile al nostro acquedotto forzoso. Da ciò sembrerebbe doversi conclu-

(1) [Θ]ιοι. *Τῶ ποταμῶ αἴ κα κατὰ τὸ μέττον τᾶν ῥοᾶν θιθῆι ῥῆν κατὰ τὸ Ϝὸν αὐτῶ, θιθεμένοι ἄπατον ἤμην· τᾶν δὲ ῥοᾶν λείπεν ὄττον κατέχει ⟨ἁ⟩ επ' ἀγορᾶι δέπυρα ἤ πλίον, μεῖον δὲ μή.* (Dareste, Haussouiller et Reinach, *Recueil d'inscriptions juridiques grecques.* Paris, Leroux, 1891. Gortyna, D, p. 402, col. 2, n. 2). Il Comparetti, *Museo d'antichità classica*, II, p. 635, ponendo una virgola dopo *θιθῆι*, e non ponendola dopo *αυτῶ*, dà un'altra spiegazione e dice che il proprietario dei fondi in cui passa il fiume deve lasciar libero, ossia non coltivato nè occupato altrimenti, tanto spazio per l'alveo del fiume quanto è quello compreso dal ponte presso l'agorà.

Prescindendo dal fatto che, anche aprioristicamente, è più verisimile la spiegazione del Dareste, tanto più che essa concorderebbe perfettamente con la disposizione citata da Platone e da noi poc'anzi riferita, quella del Comparetti è da rifiutarsi se, come è molto probabile, si deve attribuire alla parola « *ῥοὰ* » il significato di canale o simile, riconducendola, come fa il Dareste (*Revue des études grecques*, 1888, p. 88) al *ῥόος* di Omero:

ἂμ' φυτὰ καὶ κήπους ὕδατι ῥόον ἡγεμονεύῃ

(*Iliade*, XXI, 257).

La iscrizione di Alesa non mi sembra che possa suffragare la spiegazione del Comparetti riferendosi ad una regola amministrativa sullo spazio da mantenere libero intorno ad un acquedotto. *C. I. G.*, 5594, l. 7 e segg.) v. 7-9: « ..... *τὸ ὑπὸ τὸν ὀχετὸν ἄχρι ποτὶ τὰν κράναν* | *[τὰν' Ἰπύρ]ῥαι οὐκ ἐργαξεῖται καὶ περίστασιν ὀφεσεῖτα[ι] πό[δας] ῡ παντᾶ, τὰ δὲ δένδρεα καρπευσε[ῖ]* ..... ».

dere che i rivi fossero del tutto di ragion pubblica (1). Per altro la libertà assoluta di fare derivazione, che poteva condurre ad abusi da parte dei rivieraschi superiori a danno degli inferiori (abusi che fino a prova contraria dobbiamo ritenere che non fossero proibiti) lascia sospettare la costituzione di rapporti speciali per cui gli inferiori avessero soltanto diritto all'acqua avanzata al superiore, e che questi fosse in dovere di non disperderla inutilmente: qualche cosa di simile, cioè alla disposizione sui rivi di cui agli art. 543 e 544 C. C.

Questa supposizione potrebbe essere confermata dal fatto che Platone parlando di un'azione corrispondente all'*actio aquae pluviae arcendae* del diritto romano, e facendo il caso di due proprietarii che coll'ostruire o col modificare il corso di un'acqua (che non sembra dovesse esser pubblica) si danneggiassero a vicenda, soggiunge: *καὶ περὶ ταῦτα μὴ ἐθέλωσι διὰ ταῦτα κοινωνεῖν ἀλλήλοις* (2). Ove è da notarsi la voce *κοινωνεῖν*, che messa a raffronto col « *κοινῶν ναμάτων* di cui aveva parlato poco prima, confermerebbe l'ipotesi suesposta, con l'attestare una diversità nel significato giuridico attribuito agli aggettivi *κοινὸς* e *δημόσιος*: il secondo dei quali soltanto starebbe ad indicare le cose pubbliche nello stretto senso (3). Nè la legge di Gortyna surriferita crea in proposito difficoltà, giacchè il limite alle derivazioni, quivi sancito, doveva esser dettato da molteplici ragioni di estetica, di igiene e di interesse pubblico.

(1) Plato, op. cit., n. 844: *ἀλλ' ὁ βουληθεὶς ἐπὶ τὸν αὐτοῦ τόπον αγειν ὕδωρ ἀγέτω μὲν ἀρχόμενος ἐκ τῶν κοινῶν ναμάτων, μὴ ὑποτέμνων πηγὰς φανερὰς ἰδιώτου μηδενὸς, ᾗ δ' ἂν βούληται ἄγειν, πλὴν δι' οἰκίας ἢ ἱερῶν τινῶν ἢ καὶ μνημάτων, ἀγέτω, μὴ βλάπτων πλὴν αὐτῆς τῆς ὀχεταγωγίας*.

(2) Plato, op. cit, loc. cit., Il Brugi (loc. cit., p. 311) che traduce *νάματα* per *sorgenti*, nota l'uso dell'aggettivo *κοινὸς* per quelle e qui il verbo *κοινωνεῖν*.

(3) Anche il traduttore di Platone nell'ed. Didot rende *κοινὸς* con il *communis* latino e la frase « *καὶ περὶ ταῦτα* etc. » con le parole *ideoque noluut communia haec inter se habere*, mentre traduce il « *δημόσιος* » di Plutarco con *publicus*. Marsilio Ficino invece (*Divi Platonis opera omnia graec. et lat.*, Lugduni 1690, p. 649 riferito dal Brugi, loc. cit. nota 47) spiega « *et convenire inter se nequeunt* ». Questa differenza di traduzione non infirma però il nostro ragienamento.

La mancanza nell'Attica di corsi d'acqua di una qualche importanza, così da non poter servire, come già abbiamo osservato ad usi pubblici propriamente detti di navigazione o trasporti, starebbe a giustificare l'ipotesi da noi proposta.

I divieti di fare cambiamenti ai corsi delle acque, che si trovano stipulati nel catasto di Dioniso [1], scritto, come è noto nel « verso » della tavole D'Eraclea contenente nel « recto » la *lex Julia municipalis*, mentre sono da una parte un argomento a favore della proprietà comune dei corsi d'acqua, potrebbero anche dall'altra attestare l'esistenza di corsi d'acqua privati.

Così le stipulazioni ivi contenute si possono intendere o come patti diretti ad evitare le molestie da parte dei proprietarii inferiori, qualora fossero danneggiati dai mutamenti fatti nel fondo superiore, ovvero come uno dei tanti divieti di mutare la cosa locata che, per l'una o per l'altra cagione, si appongono anche oggi nei contratti.

D'altra parte l'epoca tarda a cui rimonta questo documento (IV secolo) e l'incertezza sulla sua provenienza rendono di un valore abbastanza relativo le sue testimonianze.

§ 2. Regolamento delle acque non appartenenti ad un singolo privato.

Esposte così le distinzioni che esistevano rispetto alle acque nel diritto greco, passiamo ora a considerarne il regolamento, incominciando da tutte quelle che possono venir comprese sotto la

(1) *Recueil des inscript. jur. grecq.*, Dareste, Haussoniller et Reinach. Paris, Leroux, 1891, XII, 1, p. 204, § 9: « *Τὰς δὲ τράφως τὰς διὰ τῶν χώρων ῥεώσας καὶ τὼς ῥόως οὐ κατασκαψόντι οὐδὲ διασκαψόντι τῷ ὕδατι οὐδὲ ἐφερξόντι τὸ ὕδωρ οὐδ' ἀφερξόντι ἀνκοθαριόντι δὲ ὁσσάκις κα δεῶνται τὰ πὰρ τὰ αὐτῶν χωρία ῥέοντα* ..... ». — Traduz. del Dareste. « Quant aux fossés et rigoles qui traversent les terrains, les preneurs ne devront ni les approfondir, ni les saigner ni pratiquer de barrage soit pour accumuler les eaux soit pour les deriver; ils devront curer autant de fois qu'il sera nécessaire ceux qui longent leurs terrains respectifs ..... ».

direzione generica di « acque non appartenenti ad un singolo privato ».

Abbiamo veduto che le sole acque che vengono designate coll'aggettivo di pubbliche sono quelle dei pozzi di cui parla Plutarco. Or questi, riferendo espressamente una disposizione solonica, dice che potevano servirsi di esse tutti coloro che erano compresi nel raggio di un *ἱππικός* (1). Sono note le controversie a proposito di tale misura di lunghezza, cagionate dalle parole di Hesychius: « *ἱππικόν ὃ στάδιον* » emendato dal Petitus e dal Meursio (2) in *ἱππικὸν ὃ τετραστάδιον*, tanto più giustamente che Plutarco stesso (3) ed Erone (4), confermano tale misura.

Naturalmente all'esercizio di questo diritto doveva corrispondere un diritto di passaggio sui fondi interposti per giungere al pozzo, ma intorno a ciò nulla sappiamo di positivo. Non sappiamo neppure se tutti indistintamente i vicini compresi nel raggio di quattro stadii potessero usufruire di quest'acqua, oppure dovessero concorrere delle condizioni speciali.

Ciò rispetto ai pozzi pubblici.

Per quel che riguarda i corsi d'acqua abbiamo due testi principali su cui fondarci: uno di Platone, l'altro tratto dalle leggi di Gortyna. Platone (5) dice espressamente che tutti possono prendere l'acqua dai corsi d'acqua comuni e condurle come vogliono nei proprii fondi, senza però tagliare le sorgenti altrui, e senza attraversare le case, i luoghi consacrati e i monumenti, e senza fare altro danno a coloro, a traverso i cui fondi si passa, fuorchè quello dell'imposizione dell'acquedotto.

(1) Plutarchus, *Βίοι-Σόλων*, § 23, n. 9: (*Σόλον*)... *νόμον ἔγραψεν ὅπου μέν ἐστι δημόσιον φρέαρ ἐντὸς ἱππικοῦ, χρῆσθαι τούτῳ· τὸ δ'ἱππικὸν διάστημα τεσσάρων ἦν σταδίων* ...

(2) Petitus, *Leges Atticae*, loc. cit. — Meursius, *Themis attica*, lib. II, c. XIX, ext. in Gronovio, *Thesaurus graec. antiq.*, V, p. 1980, col. 2.

(3) Plutarchus, ibid.: *τὸ δ'ἱππικὸν διάστημα τεσσάρων ἦν σταδίων.*

(4) Hero, *De Geodusia*. Prop. III.

(5) Plato, op. cit., n. 844: *ἀλλ' ὁ βουληθεὶς ἐπὶ τὸν αὑτοῦ τόπον ἄγειν ὕδωρ ἀγέτω μὲν ἀρχόμενος ἐκ τῶν κοινῶν ναμάτων, μὴ ὑποτέμνων πηγὰς φανερὰς ἰδιώτου μηδενὸς, ᾗ δ'ἂν βούληται ἄγειν, πλὴν δι' οἰκίας ἢ ἱερῶν τινῶν ἢ καὶ μνημάτων, ἀγέτω, μὴ βλάπτων πλὴν αὐτῆς τῆς ὀχεταγωγίας.*

Come si vede, Platone ha riportato con cura diligente tutte le disposizioni che dovevano essere in vigore su questo punto, giacchè tale testo si presenta come una regola completa.

Scindiamo le norme contenute in questa regola:

1° Qualsiasi proprietario può condurre le acque comuni nei proprii fondi;

2° non si devono coi lavori, eseguiti sui fondi altrui per condurre nei proprii le acque comuni, tagliare le sorgenti private già palesi;

3° la scelta del percorso da far seguire all'acquedotto è libera a favore di colui che lo costruisce e può perciò anche attraversare i fondi altrui: dovendo però rimanere esenti da siffatto aggravio alcuni luoghi speciali;

4° non è lecito arrecare con tali lavori danni al fondo altrui, che si attraversa, all'infuori di quelli strettamente necessarii per l'acquedotto.

Si tratta qui di un vantaggio procurato principalmente all'agricoltura, che si potrebbe riportare ad una servitù legale di presa d'acqua. Sembra invero che tale vantaggio spettasse soltanto a coloro che erano proprietarii di fondi, parlandosi nel testo surriferrito solo di questi: « ... *ὁ βουληθεὶς ἐπὶ τὸν αὐτοῦ τόπον* ... ».

La natura reale di questo diritto, che il Brugi nell'articolo citato enumera fra i rapporti di vicinanza, è poi chiarita dal fatto che ben può stabilirsi sui fondi interposti un onere simile alla *servitus aquaeductus* di cui questo ha tutti i caratteri distintivi, quali il rapporto di utilità fra i due immobili, la « perpetua causa » ecc.

A tale proposito è importante osservare la libertà lasciata a coloro che derivano tali acque per la scelta del luogo in cui far passare l'acquedotto, libertà che sembra dovesse essere assolutamente illimitata. Credo però che questa facoltà così lata, affinchè non divenisse lesiva dei diritti altrui, dovesse coordinarsi all'altra norma, splendidamente espressa da Platone (1),

(1) Egli infatti, colle parole *μὴ βλάπτων πλὴν αὐτῆς τῆς ὀχεταγωγίας* considera con precisione filosofica come non compresi nel diritto di imporre l'acquedotto tutti quei danni che non sono assolutamente necessari alla sua esecuzione.

con cui si vietano i danni non necessarii. Perciò sarà stato possibile querelarsi per danni recati alle proprietà oltre quelli inevitabili per l'acquedotto e quindi anche per la costruzione di un acquedotto inutile a chi lo costruiva e troppo gravoso per colui nel cui fondo veniva costruito. Coordinate così le due disposizioni, scompare quella durezza che sembrerebbe trovarvisi.

Non crediamo necessario fare alcuna osservazione sull'eccezione menzionata per le case, i luoghi consacrati ed i monumenti, coll'esimerli dalla servitù d'acquedotto. La necessità di restringere al possibile le violazioni dell'altrui proprietà e di evitare contestazioni e liti interminabili ed il rispetto, infine, dovuto alla religione, sono argomenti più che sufficienti a giustificarne la sanzione.

Ci riserbiamo poi di commentare più tardi la regola contenuta sotto il numero 2.

Alle disposizioni indicate fanno riscontro quelle contenute nella legge di Gortyna (1).

Essa, dopo l'invocazione della divinità, assicura che non saranno punite con multe le derivazioni che fossero fatte sul fiume Lethaeos a monte della città, purchè rimanesse in questo tant'acqua da giungere ad un segno marcato sul ponte dell'agorà.

È bello notare la somiglianza nella forma del riconoscimento della facoltà di far prese d'acqua, che vi è fra questo testo e quello di Platone. In entranbi esso prende la forma di un'assicurazione della liceità dell'atto che si vuol compiere, piuttosto che della sanzione di un diritto. Tale concordanza di espressioni derivata certamente da comunanza di idee giuridiche, se non anche di legislazione, potrebbe addursi come argomento contro la teoria sulla natura giuridica dei corsi d'acqua da noi esposta poc'anzi. Ed invero, il non riconoscersi un diritto propriamente detto a fare tali derivazioni, dicendosi invece soltanto che chi vuol farle le faccia pure chè non incorrerà in alcuna ammenda, lascia credere che, in mancanza di questa esplicita sanzione, ciò non sa-

(1) *Θίοι. Τῶ ποταμῶ αἴ κα κατὰ τὸ μέττον τᾶν ῥοᾶν θιθῆι ῥῆν κατὰ τὸ Ϝὸν αὐτῶ, θιθέμενοι ἄπατον ἤμην· τᾶν δὲ ῥοᾶν λείπεν ὔττον κατέχει ⟨α⟩ ἐπ' ἀγορᾶι δέπυρα ἢ πλίον δὲ μή* — in Dareste, Haussouiller et Reinach, *Inscriptions juridiques grecques*. Gortyna D, p. 402, col. 2, n. 2.

rebbe stato lecito. E da tale illiceità non sarebbe difficile argomentare la natura pubblica dei corsi d'acqua in generale.

Considerando però che la forma condizionale « se alcuno faccia » od « abbia fatto » è il modo ordinario nel quale sono dettate le leggi greche, per quel che può desumersi da quelle rimasteci (1) tale argomento perde facilmente di valore.

L'affinità della materia suggerisce qui di prendere in esame la condizione speciale di alcuni fossi di fronte al diritto greco.

Demostene nell'orazione contro Callicle parla, com'è noto, di fossi traversanti più terreni, cui servivano per lo scolo delle acque. Di tali fossi non sembra possibile impugnare la natura privata, generalmente ad essi attribuita (2), e facilmente desumibile dal testo (3), giacchè Demostene fa dire al figlio di Tisia, per cui l'orazione è scritta, che i varii privati ricevono l'acqua, per mezzo di questi fossi, da quelli collocati superiormente, e che egli non la dava, nè la riceveva da alcuno.

Or queste locuzioni di « dare » e « ricevere » riferite ad un corso d'acqua pubblico traversante più terreni, sarebbero del tutto improprie.

Però Demostene nel principio di quella orazione sembra accennare anche ad un'altra specie di fossi che dice esplicitamente pubblici (4). Probabilmente trattasi qui di grandi letti di corsi torrentizii, necessarii per la tutela dei fondi circostanti, ed in cui, come si deduce pure dalle parole di Demostene sopra riferite, doveva esser vietato di porre qualsiasi ingombro che potesse far riversare al di fuori le acque durante le piogge.

(1) Cfr. l. 13 D. finium regundorum; Demostene, *Orazione*, o *κατὰ Ἀριστοκράτους*, p. 37, 44, 53, 82, 215; *in Midiam*, n. 47, 94, 113; Aristotele, *Ἀθηναίων πολιτεία* c.39 (ed. Ferrini), p. 86: *τὰς δὲ δίκας τοῦ φόνου εἶναι κατὰ τὰ πάτρια, εἴ τίς τινα αποκτείνας ἐκτίσει ἱερώσας.*

(2) Cfr. Scialoja, loc. cit., p. 10 e segg., che anzi li dice oggetto di una servitù di *χαράδρα* e di *χειμάῤῥους*.

(3) Demosthenis, *Πρὸς Καλλικλέα* (Parisiis, Didot, 1843)..... *ταύτην δ' οὔτε παραδίδωσιν οὐδεὶς οὔτε παρ' ἐμοῦ παραλαμβάνει* (n. 19).

(4) Ibid., n. 12-13..... *Καλλικλῆς μὲν γάρ φησι τὴν χαράδραν ἀποικοδομήσαντα βλάπτειν ἐμὲ αὐτόν, ἐγὼ δ' ἀποδείξω χωρίον ὂν τοῦτ' ἀλλ' οὐ χαράδραν. Εἰ μὲν οὖν μὴ συνεχωρεῖτο, ἡμέτερον ἴδιον· εἶναι τάχ' ἂν τουτ' ἠδικοῦμεν, εἴ τι τῶν δημοσίων ᾠκοδομοῦμεν· νυνὶ δ' οὔτε τοῦτ' ἀμφισβητοῦσιν..*»

È facilmente giustificabile la natura pubblica di questi alvei, date le particolari condizioni di orografia e di idrografia della regione, per cui essi dovevano avere somma importanza, potendo riuscire di grande vantaggio, od essere causa di gravi disastri nell'epoca delle pioggie.

Le ultime parole del testo surriferito lasciano inoltre campo ad argomentare sul diritto di intentare azione per i danni arrecati a quei letti torrentizii, ed in generale a tutte le cose pubbliche. Imperocchè dal fatto stesso che Callicle avrebbe potuto fondare la sua azione sul presupposto del carattere pubblico del fosso, si può ragionevolmente dedurre che, dunque, era in facoltà dei privati, per lo meno di quelli che vi avessero interesse, di intentare un'azione per la tutela delle cose pubbliche.

Dato tale principio è probabile che quest'azione fosse anche ammessa per la tutela dei pozzi di cui parla Plutarco.

Nulla di sicuro può dirsi tuttavia rispetto alle condizioni che dovevano concorrere per poter intentare tale azione, nè rispetto al modo di proporla o alle sanzioni penali stabilite per le violazioni delle cose pubbliche.

§ 3. Regolamento delle acque appartenenti a singoli privati.

La proprietà delle acque sorgenti nel proprio fondo era del tutto libera presso i Greci, salvo quelle limitazioni che furono dettate in rapporto al criterio della necessità sociale.

In Platone, troviamo però sancita la eccezione che chi era privo assolutamente di acqua da bere, poteva esigere dal vicino quella necessaria al bisogno. L'assoluta mancanza dell'acqua doveva venir accertata mediante lo scavo di un pozzo approfondito fino allo strato della creta. Qualora poi il vicino avesse acqua scarsa, la quantità che si poteva esigere era determinata da speciali magistrati [1].

[1] Plato, loc. cit., p. 844. ..... *αὐδρία δὲ εἴ τισι τόποις ξύμφυτος ἐκ γῆς τὰ ἐκ Διὸς ἰόντα ἀποστέγει νάματα, καὶ ἐλλείπει τῶν ἀναγκαίων πωμάτων, ὀρυττέτω μὲν ἐν τῷ αὐτοῦ χωρίῳ μέχρι τῆς κεραμίδος γῆς, ἐὰν*

Plutarco, ripetendo sostanzialmente la stessa regola, vi introduce delle piccole differenze, di cui è opportuno tener conto. Egli, che attribuisce tali leggi a Solone, dice infatti che il diritto di ottenere l'acqua dal vicino competeva soltanto a coloro i quali, oltre all'esserne privi, si trovassero al di là del circuito dei quattro stadii dai pozzi pubblici. Di più, il pozzo, che essi dovevano scavare, doveva giungere alla profondità di 10 orgie, e solo dopo ciò era ammesso di chiedere al vicino 12 congi d'acqua al giorno per ogni persona (¹).

La differenza più notevole fra i due testi è quella che riguarda la determinazione della profondità dei pozzi e la quantità dell'acqua a cui si poteva eventualmente aver diritto. Platone adotta il sistema che noi chiameremmo delle distanze e quantità variabili; Plutarco usa invece quello dei termini fissi ed eguali per tutti i casi.

Potrebbe disputarsi quale dei due fosse il sistema adottato in pratica. Crediamo però che non possa dubitarsi esser quello di Plutarco il sistema più attendibile. Ed in vero, in primo luogo, esso oltre al rispondere più esattamente alla natura formale di un diritto primitivo, come doveva essere al tempo di Solone, era anche il più ragionevole, trattandosi di un territorio molto limitato, ed in cui perciò le differenze geologiche ed idrografiche non potevano esser molto grandi.

In secondo luogo, anche prescindendo da ogni considerazione di pratica giuridica, è naturale che dia più affidamento colui che determina i particolari di un fatto o di una cosa, che non quegli il quale la riferisce solo genericamente.

δ' ἐν τούτῳ τῷ βάθει μηδαμῶς ὕδατι προστυγχάνῃ, παρὰ τῶν γειτόνων ὑδρευέσθω μέχρι τοῦ ἀναγκαίου πώματος ἑκάστοις τῶν οἰκετῶν· ἐὰν δὲ δι' ἀκριθείας ᾖ καὶ τοῖς γείτοσι, τάξιν τῆς ὑδρείας ταξάμενος παρὰ τοῖς ἀγρονόμοις, ταύτην ἡμέρας ἑκάστης κομιζόμενος, οὕτως κοινωνείτω τοῖς γείτοσιν ὕδατος.

(¹) Plutarchus, *Βίοι-Σόλων*, § 23: ..... *ὅπου δὲ πλεῖον ἀπεῖχε, ζητεῖν ὕδωρ ἴδιον· ἐὰν δὲ ὀρύξαντες ὀργυιῶν δέκα βάθος παρ' ἑαυτοῖς μὴ εὕρωσι, τότε λαμβάνειν παρὰ τοῦ γείτονος ἑξάχουν ὑδρίαν δὶς ἑκάστης ἡμέρας πληροῦντας·* .....

Le ragioni del modo usato da Platone possono essere state molte, ma una delle più probabili sembrami questa, che preoccupandosi egli più specialmente delle norme direttive e dei principii fondamentali, che non delle applicazioni pratiche, abbia preferito riferir quelli soltanto, come gli unici interessanti al suo scopo e che sarebbero potuti rimanere sempre invariati in qualunque luogo (1). Se avesse invece riportato la parte positiva, questa, almeno senza un richiamo ai principii teorici ai quali era informata, non avrebbe nemmeno avuto senso in un'opera come quella di Platone, rivolta all'analisi dei criterii direttivi di un sistema di leggi.

Passando ora all'esame della disposizione, una delle parti più importanti di essa è quella che determina la profondità dello scavo da fare sul proprio terreno, prima di poter ricorrere al vicino. Platone la fissa con la frase: *μέχρι τῆς κεραμίδος γῆς*, Plutarco a 10 orgie. A spiegare il termine dato dal primo occorre notare che lo strato della creta, impermeabile per sua natura all'acqua, è quello al di sopra del quale scorrono le acque piovane filtrate nel suolo e perciò è il limite naturale delle acque utilizzate ordinariamente nei pozzi.

Siccome, quindi, se l'acqua non si fosse trovata al di sopra della creta, sarebbe stato quasi sempre inutile ricercarla a traverso quella, o al di sotto, era naturale prender il terreno argilloso termine come della ricerca (2). Il limite fisso di 10 orgie, dato da Plutarco per togliere un fomite alle numerose contestazioni che altrimenti si sarebbero verificate, doveva certamente esser consigliato dalla natura del suolo attico come corrispondente alla pratica (3).

(1) L'Hermann, *Lehrbuch der Griechischen Rechtsalterthümer* (Freiburg i. B. und Tubingen, 1884, Mohr, § 8) sembra ritenere anch'egli vero nella pratica il testo di Plutarco, in confronto a quello di Platone che richiama in nota, parlando solo di scavo di 10 tese e di quantità fissa (*bestimmte Menge*) di acqua da prendere dal vicino.

(2) Cfr. Ugo Grozio, *De jure Belli ac Pacis* (notis J. F. Gronovii, Amstelaedami, 1735) l. II, c. II, n. VII, nota 51 del Gronorio.

(3) Per la dimensione dell'« orgia » il Petito, riferendo la controversia che su di essa esisteva, dice che alcuni la facevano corrispondere a

Le 10 orgie poi equivalevano probabilmente a 60 piedi, ossia a quasi 20 metri; profondità, come si vede, abbastanza grande per un pozzo. Soggiunge quindi molto a proposito Plutarco stesso: *ἀπορίᾳ γὰρ ᾤετο δεῖν βοηθεῖν, οὐκ ἀργίαν ἐφοδιάζειν.*

Dopo data questa prima regola, Platone, prevedendo il caso in cui il vicino che dovrebbe dare l'acqua, accampi di averne poca, ordina che gli agronomi decidano la controversia, fissando la quantità d'acqua da chiedere, e termina con le parole: *οὕτως κοινωνείτω τοῖς γείτοσιν ὕδατος* (1).

Il Brugi (2) comprende anche questa disposizione nel novero dei rapporti di vicinanza; ed in ciò ha ragione. Tale rapporto infatti presenta molti dei caratteri del diritto personale. Invero il suo fondamento è una causa di natura individuale, il bere, e l'acqua deve esser presa *dietim* e colla condizione che il diritto ad essa si estingua qualora chi se ne vale scopra nel suo fondo altre sorgenti.

Inoltre, siffatto carattere personale è pure affermato dall'influenza del numero delle persone sull'estensione di tale diritto, riferendosi a ciò appunto Platone quando dice: « ..... *παρὰ* « *τῶν γειτόνων ὑδρευέσθω μέχρι τοῦ αναγκαίου πώματος ἑκάσ-* « *τοις τῶν οἰκετῶν* ».

Per quel che riguarda la realità di questo diritto, è sufficiente accennare che esso doveva dar luogo, per essere efficace, ad un'azione reale, *contra quemcumque possidentem*, diretta ad

---

6 piedi, altri a 3 piedi, altri ad un solo; Plinio, infine, l'avrebbe tradotta con « ulna ». Anche il Cujacio (*Opera omnia*. Prato, Giacchetti 1839, t. VII, c. 771; *Rec. sol. in tit. finium regundorum ad Legem XIII*) ritiene che l'orgia corrispondesse a 6 piedi ed invoca l'autorità di Plutarco (*Vita di Solone*); Senofonte nei *Memorabili*, II, 3, 19, chiama orgia la distanza che separa le mani distese e a cui non possono giungere i piedi aperti al massimo, ciò che appunto corrisponderebbe a circa 6 piedi: *χεῖρες μὲν γὰρ, εἰ δέοι αὐτὰς τὰ πλέον ὀργυιᾶς διέχοντα ἅμα ποιῆσαι, οὐκ ἂν δύναιντο, πόδες δὲ οὐδ' ἂν ἐπὶ τὰ ὀργυιὰν διέχοντα ἔλθοιεν ἅμα.*

(1) *Ἐὰν δὲ δι' ἀκριθείας ᾖ καὶ τοῖς γείτοσι, τάξιν τῆς ὑδρείας ταξάμενος παρὰ τοῖς ἀγρονόμοις, ταύτην ἡμέρας ἑκάστης κομιζόμενος, οὕτως κοινωνείτω τοῖς γείτοσιν ὕδατος.*

(2) Loc. cit.

ottenere il godimento dell'acqua e non mai il risarcimento dei danni e interessi.

Si potrebbe perciò forse ricondurre molto facilmente ad una servitù personale (¹).

Platone, dopo di ciò, passa ad occuparsi delle relazioni intercedenti fra i fondi superiori ed inferiori riguardo al corso delle acque. Egli così si esprime in proposito: *ἐὰν δὲ ἐκ Διὸς ὕδατα γιγνόμενα, τὸν ἐπάνω γεωργοῦντα ἢ καὶ ὁμότοιχον οἰκοῦντα τῶν ὑποκάτω βλάπτῃ τις μὴ διδοὺς ἐκροήν, ἢ τοὐναντίον ὁ ἐπάνω μεθιεὶς εἰκῇ τὰ ῥεύματα βλάπτῃ τὸν κάτω, καὶ περὶ ταῦτα μὴ ἐθέλωσι διὰ ταῦτα κοινωνεῖν ἀλλήλοις, ἐν ἄστει μὲν ἀστυνόμον, ἐν ἀγρῷ δὲ ἀγρονόμον ἐπάγων ὁ βουλόμενος ταξάσθω, τί χρὴ ποιεῖν ἑκάτερον· ὁ δὲ μὴ ἐμμένων ἐν τῇ τάξει φθόνου θ' ἅμα καὶ δυσκόλου ψυχῆς ὑπεχέτω δίκην, καὶ ὀφλὼν διπλάσιον τὸ βλάθος ἀποτινέτω τῷ βλαφθέντι, μὴ ἐθελήσας τοῖς ἄρχουσι πείθεσθαι.....*

La complessa disposizione contenuta in queste parole potrebbe certamente rassomigliarsi, come osserva il Brugi, all'*actio aquae pluviae arcendae* del diritto romano, sebbene per qualche punto ne differisca. Senza addentrarci in confronti fra le due legislazioni, noteremo solo alcune particolarità di questa regola.

In primo luogo il divieto riguarda, come in diritto romano (²), soltanto le opere fatte dai proprietarii di fondi inferiori per impedire lo scolo delle acque dei fondi superiori e gli aggravamenti che i proprietarii superiori possono introdurre nello scolo dell'acqua sui fondi inferiori. Sembra pertanto che venisse escluso

(¹) L'Herman (*Lehrbuch der gr. Rechtsalter.*, loc. cit.) nelle poche parole che dedica a tale materia, accennando a questo rapporto lo chiama soltanto « una specie di servitù » (*eine art von Servitut*); cfr. Platner, *Prozess*, II, 373.

(²) L. 1, § 13 D. 39: « Item sciendum est hanc actionem vel superiori adversus inferiorem competere, ne aquam quae natura fluat, opere facto inhibeat per suum agrum decurrere, et inferiori adversus superiorem ne aliter aquam mittat quam fluere natura solet ». — Tale confronto fatto dal Brugi, loc. cit., nota 41, sfuggì, come egli nota, al Tysius, *Collactio leg. ath. et rom.* (*Gronov. Thesaur.*, V, p. 1373-96) al Meursio, *Themis attica* (ibid., 1950-52) e *Solon* (ibid., 2000-63), ma fu avvertito dal Cujacio, *Observat.*, XXIV, 24 (*Opera omnia*. Prati, 1841, t. I).

dal contenuto di tale azione la diversione delle acque fatta a proprio vantaggio.

È utile notare a tale proposito la frase: *καὶ περὶ ταῦτα μὴ ἐθέλωσι διὰ ταῦτα κοινωνεῖν ἀλλήλοις*. Essa è in questo luogo una conferma della teoria da noi esposta rispetto alla proprietà dei corsi d'acqua.

Non si tratta qui nè di una servitù legale, nè di un rapporto di vicinanza, come dice il Brugi (1), nel senso ordinariamente attribuito a tali frasi, e neppure per spiegarla occorre ricorrere a concetti astratti, come quello che « le acque che vi scorrono « (sul suolo) rimangono comuni nei vantaggi e negli incomodi a « tutti coloro che, pur possedendo poderi giuridicamente distinti, « coltivano e sfruttano insieme il suolo stesso » (2); ma versasi in tema di un regolamento di un condominio *sui generis* per cui tutti potevano trar profitto da queste acque come credevano meglio, senza però danneggiare i circostanti.

Quella frase, pertanto, lungi dall'essere espressione di concetti filosofici di Platone, che cerchino di manifestarsi a traverso le disposizioni legislative, sono invece la ricognizione di una speciale condizione giuridica, e perciò da intendersi alla lettera.

Nè ci sembra doversi dubitare intorno alla traduzione, essendo esattissima quella che lo Scheider dà nell'edizione Didot: « indeoque nolunt communia haec inter se habere ». Infatti questo significato del verbo *κοινονέω* che s'incontra anche presso altri autori parlandosi di costruzione e simili ben si adatta al luogo citato da Platone, trattandosi sempre di cosa da tenere o da mettere in comune (3). La traduzione data da Marsilio Ficino (4): *et convenire inter se nequeunt*, non è pertanto da seguire.

Tornando ora alla orazione di Demostene contro Callicle, già ricordata, osserviamo come l'azione intentata da Callicle, secondo

(1) Loc. cit., p. 307.
(2) Loc. cit.
(3) *Κοινωνεῖν ἡγοῦμαι καὶ τοῦτο τοῖς πεπολιτευμένοις* [Demostene].
Πάντων τούτων πολλοὶ κοινονοῦμεν ἀλλήλοις [Senofonte].
(4) Op. cit., p. 649.

lo Scialoja (1), non era per una servitù, ma per una limitazione legale della proprietà, chiedendosi con essa il pagamento di un'ammenda fissa, come risarcimento di un atto contrario alle norme generali della legge. Il ch. Professore propende infatti a crederla col Platner e l'Hundtwalker, che cita in nota (2), una vera e propria *actio aquae pluviae arcendae*, ciò che concorderebbe esattamente col testo di Platone da noi esaminato, e con le parole stesse di Demostene (§ 19) « ... *εἰ μὲν γὰρ ἦν, ὦ ἄνδρες δικασταί, χαράδρα πάλιν ὑποδεχομένη· τάχ᾽ ἂν ἠδίκουν ἐγὼ μὴ δεχόμενος* .... ». Ma dalle parole che seguono subito appresso (3), lo stesso Scialoja (4) deduce un argomento che crede forte, per dimostrare, come già accennammo, l'esistenza delle servitù di *χαράδρα* e di *χειμάῤῥους*. Ma senza entrare in merito alla questione se tali servitù esistessero o meno nel diritto greco, e con il rispetto dovuto al nostro lodato Maestro, ci permettiamo di osservare che nessun argomento si può ricavare da quelle parole.

Demostene, infatti, potrebbe benissimo essere inteso nel senso di asseverare l'esistenza generica nelle leggi del diritto che Callicle reclama e di descrivere lo stato di alcuni fondi ipotetici sottoposti appunto *per natura* (e non per convenzione) a ricevere lo scolo dei fondi superiori, ma per dir poi inapplicabile tale ipotesi al caso, mancando quivi i fossi mediante i quali tale diritto sarebbe esercitato.

Ciò è tanto più probabile in quanto che appunto per essere l'azione intentata da Callicle un *actio aquae pluviae arcendae*, era contro di questa che doveva difendersi il figlio di Tisia, ciò che egli fa dimostrando che quello che possedeva era un fondo coltivato e cinto da tempo con muro, e non un alveo torrentizio, e che in esso non si trovano fossi di alcuna specie (5). Nè può

(1) Loc. cit., p. 10: « I greci la dicevano un'orazione *περί χωρίον*, cioè intorno ad un fondo ».

(2) Loc. cit., p. 10, nota 2.

(3) Cioè: ..... *ὥσπερ ἀνὰ θάτερ᾽ ἄττα τῶν χωρίων εἰσὶν ὁμολογούμεναι χαράδραι, καὶ ταύτας δέχονται μὲν οἱ πρῶτοι καθάπερ τοὺς ἐκ τῶν οἰκιῶν χειμάῤῥους, παρὰ τούτων δ᾽ ἕτεροι παραλαμβάνουσι ὡσαύτως.*

(4) Loc. cit., p. 11.

(5) Cfr. ibid., nn. 3, 5, 26, 37.

far difficoltà l'esempio addotto dei canali delle case, giacchè, per la posizione data all' inciso: *καθάπερ τοὺς ἐκ τῶν οἰκιῶν χειμάῤῥους* (1) sembra non aver voluto Demostene identificare nel loro regolamento giuridico questi canali ai fossi di cui parla, ma solo averli ad essi voluti rassomigliare nella funzione fisica di trasmettere successivamente le acque dai primi agli ultimi proprietarii. Crediamo quindi che le parole in questione debbano tutte intendersi come riferentisi all'*actio aquae pluviae arcendae*.

Rammentiamo ancora che a quel che sembra l'azione intentata contro il figlio di Tisia riguardava il pagamento di 5000 dramme, per non essersi questi presentato al giudizio degli arbitri. Tale domanda da Demostene è detta ingiusta, perchè la multa in tali casi era di 1000 dramme soltanto. Ma di ciò in seguito.

Platone, per ciò che concerne i danni arrecati col modificare il corso ed il deflusso delle acque, vuole che tali questioni siano deferite a speciali magistrature (2), aventi l'incarico di determinare gli obblighi reciproci dei litiganti. Chi non fosse stato al parere di tali magistrati era costretto a sborsare il doppio del danno arrecato, come penale della disobbedienza (3). È facile desumere da ciò che tale azione era di carattere misto (revindicatoria e penale ad un tempo) perchè la frase *ἐν τῇ τάξει φθόνου θ' ἅμα καὶ δυσκόλου ψυχῆς ὑπεχέτω δίκην*, non può certo esser la motivazione di tutto il *duplum* ma soltanto del raddoppiamento del risarcimento del danno.

(1) « *Quemadmodum canales qui ex aedibus educuntur* » così nella traduzione dell'ed. Didot, in tutto identica, salvo pochissime parole, a quella che trovasi nel *Demosthenis et Aeschinis opera omnia*, per Hier. Wolfium. Francufurti, 1604.

(2) Plato, ibid., *ἐν ἄστει μὲν ἀστυνόμον, ἐν αγρῷ δὲ ἀγρονόμον, ἐπάγων ὁ βουλόμενος ταξάσθω, τί χρὴ ποιεῖν ἑκάτερον* · . . . . .

(3) Ibid., *ὁ δὲ μὴ ἐμμένων ἐν τῇ τάξει φθόνου θ' ἅμα καὶ δυσκόλου ψυχῆς ὑπεχέτω δίκην, καὶ ὀφλὼν διπλάσιον τὸ βλάβος ἀποτινέτω τῷ βλαφθέντι, μὴ ἐθελήσας τοῖς ἄρχουσι πειθέσθαι.*

§ 4. Distanze legali. — Danni.

Su questa materia i testi che ci sono rimasti sono principalmente la l. 13, D. X, 1, in cui Gaio riporta, forse letteralmente, come già abbiamo veduto, le disposizioni soloniche; alcune parole di Plutarco, un lungo testo di Platone nelle « Leggi » e, nell'epoca bizantina, una legge dei basilici ed alcuni scolii alla medesima.

Potrebbero farsi delle difficoltà rispetto al valore da attribuire a questo secondo testo di Platone separato con alcuni periodi dal primo che abbiamo già esaminato. Però è anche da notare la poca distanza che lo separa dall'avvertimento dello stesso Platone sulla bontà ed antichità delle leggi riguardanti le acque e sulla necessità di seguirle, la facilità della coordinazione delle disposizioni che stiamo per esaminare con le altre già venute, e la esatta particolarità nelle disposizioni. Tutto ciò sta a mostrare che non solo non possono queste essere state inventate da Platone, ma che, quand'anche si volesse sostenere non aver egli nel secondo testo, riprodotto come invece poco innanzi aveva fatto, le leggi esistenti, è certo tuttavia che deve averle tenute così presenti nello scrivere, specialmente in quel che riguarda la classificazione dei modi in cui si può recar danno alle acque, da ridursi ad una questione inutile il vedere se egli abbia riprodotte esattamente o no tutte le disposizioni legislative allora in vigore.

Tanto meno poi si potrebbe comprendere, come o perchè Platone, dopo aver seguito nella maggior parte le leggi vigenti in questa materia, e dopo averle certamente tenute presenti nell'analisi dei danni che si possono arrecare alle acque come vedremo esaminando il testo, se ne sarebbe discostato nelle cose di minore importanza.

Per quel che riguarda le distanze che sappiamo che si dovevano mantenere, e che da alcuni sono riferite anche alle acque, Gaio nella l. XIII, D. X, 7, riportando la disposizione solonica, vuole che le fosse debbano stare distanti dal confine del fondo

tanto quanto è la loro profondità, ed i pozzi devono esserne separati dallo spazio di un'orgia ([1]). Con esso si accorda Plutarco ([2]) che però non riferisce che la disposizione riguardante le fosse.

Ma qui ci troviamo di fronte ad una difficoltà non lieve: com'è possibile, ci chiediamo, che in Grecia, in cui la mancanza dell'acqua doveva aguzzare gli ingegni per procurarsela anche a danno degli altri, fosse poi lecito scavare fosse e pozzi a così piccola distanza dal fonde vicino, in cui potevano trovarsi altrettanto prossimi al confine dei pozzi e delle sorgenti?

Ci sembra che la risposta non debba esser difficile. La disposizione solonica, riprodotta da Gaio e da Plutarco ([3]), non poteva certamente riguardare le acque: tali norme dovevano essere destinate soltanto a salvaguardare l'integrità dei confini, ma non dovevano aver nulla che vedere con questa materia.

Trattasi, in altri termini, di regole giuridiche riguardanti la reciproca integrità statica, non l'idraulica, tra fondi vicini. L'assurdo a cui si giungerebbe, non accettando tale conclusione, ci sembra così evidente da non aver d'uopo di dimostrazione.

Vi sono, ad ogni modo, anche argomenti estrinseci che la confermano. In primo luogo la legge solonica è riprodotta da Gaio a proposito dell'*actio finium regundorum* ed è appunto posta sotto questo titolo nel Digesto. Ciò indica che la regola era dettata per la difesa dei confini, e non per altro. Se si fosse invece trattato di acque, avrebbe dovuto esser collocata sotto qualcuno degli altri titoli riguardanti questa materia (*De aq. et aq. pl. arch.; De serv. praed. rust.*).

Nella legislazione greco-bizantina dei Basilici, troviamo ancora riprodotta la disposizione solonica, ma modificata. Si dice infatti, parlandosi dei pozzi, giacchè per quel che riguarda le

([1]) ..... *ἐὰν δὲ τάφον ἢ βόθρον ὀρύττῃ, ὅσον τὸ βάθος ᾖ τοσοῦτον ἀπολείπειν· ἐὰν δὲ φρέαρ ὀργυιάν* .....

([2]) *Solon*, XXIII, 11: *Βόθρους δὲ καὶ τάφρους τὸν βουλόμενον ἐκέλευσεν ὀρύσσειν, ὅσον ἐμβάλλει βάθος ἀφιστάμενον μῆκος τἀλλοτρίου.*

([3]) Dice infatti (l. XIII D, X, 1. Gaius, l. IV, ad legem XII, Tab.): « Sciendum est in actione finium regundorum illud observandum esse quod « ad exemplum quemadmodo eius legis scriptum est, quam Athenis Solonem « dicitur tulisse, nam illic ita est: *'Εὰν* etc. ».

fosse il testo è rimasto integro (1): *ἐὰν φρέαρ, εἰ μήπω φρέαρ προϋπῆρχε τοῦ γείτονος, καὶ ἐκ τοῦ καινοῦ ἔργου βλάπτεται, ἐπὶ ὅσον τὸ βάθος, ὀφείλει ἀποφυγεῖν. εἰ δέ τις ἐν ἀγρῷ βοῦλοιτο κτίσαι, τόξου βολὴν ἀπὸ τοῦ ἀγρογείτονος ἀπεχέτω, ἢ ὀργυιάν.* Come si vede, tutto il tratto compreso fra la seconda e l' ultima parola del testo riferito, apparisco qui come una interpolazione fatta al testo gaiano, riportato dal Digesto, che ha soltanto: *ἐὰν δὲ φρέαρ ὀργυιάν*. L'Armenopulo (2) e più tardi il Levunclavio (3) accettano tale modificazione del testo solonico. L'esattezza con cui essa è fatta, salvo un errore che ora noteremo, apparirebbe difficilmente se non si conoscesse il testo di Gaio, e potrebbe far anche pensare ad una omissione di Gaio medesimo. Ma ciò è inammissibile, giacchè al tempo di quel giureconsulto, e fors'anche all'epoca di Giustiniano, i testi solonici erano ancora conosciuti. Meno inverosimile sarebbe che Giustiniano stesso l'avesse commessa, mutilando il testo di Solone. Se però si dovesse ammettere tale ipotesi, e ritenere come genuina la parte interpolata dai Basilici, si dovrebbe dire che questa è incompleta. Giacchè la stranissima ed assurda parificazione, che si ritrova in fine del testo fra un trarre d'arco (100 passi) e

(1) *Basilicorum libri LX*. Cura Heimbachi. Lipsiae, 1850. Sumpt. Barth., l. LVIII, tit. IX, l. 13.

(2) *Harmenopolus*, p. II. § 89, 131.

(3) *LX Librorum Basilico Ecloga*, Io Levunclavius, *Basileae p. Eusebium Episcopium*, MDLXXV, lib. LVIII. Scolion ad tit. XI, c. VIII (l. 9, Cod. de aed. priv.). Ricordiamo qui che il Levunclavio, che sembra pubblicasse per primo quella chè abbiamo chiamata interpolazione al testo gaiano, nell'Ecloga non aveva posta la disgiuntiva '*ἤ*' innanzi a '*ὀργυιάν*' per cui ivi esisteva, anche grammaticalmente una lacuna (v. Petitus, loc. cit.). Un codice della biblioteca Palatina, da lui confrontato, gli fece colmare questa con la particella disgiuntiva, facendogli credere di avere con ciò ottenuto integro il testo. Ond'è che nel suo opuscolo *Notatorum libri II* (ext. in *Thesauro juris romani Everardi Ottonis, Trajecti ad Rhenum*, ap. J. Broedelet, MDCCXXXIII, t. III, col. 1511-1512) il testo è corretto in questo modo: ..... *ἐὰν φρέαρ, ἐι μήπω φρέαρ προϋπῆρχε τοῦ γείτονος, καὶ ἐκ τοῦ νέου ἔργου βλάπτεται, ἐπὶ ὅσον τὸ βάθος, ὀφείλει ἀποφυγεῖν εἰ δέ τις ἐν ἀγρῷ βούλοιτο κτίσαι, τόξου βολὴν ἀπὸ τοῦ ἀγρογείτονος ἀπέχετω, ἢ ὀργυιὰν* ». Il Thaleim nel citarlo (in Hermann, *Lehrbuch* etc., loc. cit.) commette un'inesattezza e cita, p. 1514, invece di 1511 e 1512.

un'orgia (6 piedi) condurrebbe a sospettare che prima della « *ὀργυιὰν* » dovesse trovarvisi non soltanto la disgiuntiva « *ἢ* », ma qualche altra frase riferentesi probabilmente ad altri oggetti, tanto più che lo scolio del Tipucito a questa legge non parla della distanza di un trarre d'arco.

Un secondo argomento lo desumiamo dalla stessa obbiezione che ci proponemmo fin da principio contro la possibilità di riferire questo testo alla materia delle acque. Sarebbe invero assurdo che mentre, come vedremo in Platone, i Greci classificavano con la più gran proprietà i danni fatti alle acque ed enumeravano fra questi anche gli emungimenti, non avessero poi preso altra difesa contro questi ultimi, in favore dei pozzi, che la prescrizione della distanza di 6 piedi.

Ci sembra quindi assai più logico il ritenere, come già si è detto, che questa disposizione fosse una regola stabilita soltanto per difendere l'integrità dei confini, e che alle acque non fosse applicabile affatto. Dovremmo però concludere che finora ignoriamo se del diritto greco esistessero delle distanze legali nel regolamento delle acque.

Platone, nel testo a cui accennavamo, dopo fatto l'elogio dell'utilità dell'acqua nell'agricoltura, enumera tre modi nei quali essa può venir danneggiata, sia essa sorgiva che racoogliticcia (*εἴτε καὶ πηγαῖον εἴτε καὶ συναγυρτόν*), e cioè: *φαρμακεύσεσιν ἢ ἀποτροπαῖς ἢ καὶ κλοπαῖς*, a cui fa corrispondere tre mezzi per produrre tali danni: *φαρμακείαις ἢ σκάμμασιν ἢ κλοπαῖς* (¹). Non cade difficoltà intorno al primo di questi mezzi,

(¹) Plato, *Νόμον-βιβλ.* H., n. 845. *« Ὕδωρ δὲ πάντων μὲν τὸ περὶ τὰς κηπείας διαφερόντως τρόφιμον, εὐδιάφθαρτον δέ · οὔτε γὰρ γῆν οὔτε ἥλιον οὔτε πνεύματα, τοῖς ὕδασι ξύντροφα τῶν ἐκ γῆς ἀναθλαστανόντων, ῥάδιον φθείρειν φαρμακεύσεσιν ἢ ἀποτροπαῖς ἢ καὶ κλοπαῖς, περὶ δὲ τὴν ὕδατος φύσιν ἐστὶ τὰ τοιαῦτα ξύμπαντα δυνατὰ γίγνεσθαι. διὸ δὴ βοηθοῦ δεῖται νόμου. ἔστω τοίνυν ὅδε περὶ αὐτοῦ · ἄν τις διαφθείρῃ ἑκὼν ὕδωρ ἀλλότριον, εἴτε καὶ πηγαῖον εἴτε καὶ συναγυρτὸν, φαρμακείαις ἢ σκάμμασιν ἢ κλοπαῖς, ὁ βλαπτόμενος δικαζέσθω πρὸς τοὺς ἀστυνόμους, τὴν ἀξίαν τῆς βλάθης ἀπογραφόμενος · ἂν δέ τις ὄφλῃ φαρμακείαις τισὶ βλάπτων, πρὸς τῷ τιμήματι καθηράτω τὰς πηγὰς ἢ τἀγγεῖον τοῦ ὕδατος, ὅπηπερ ἂν οἱ τῶν ἐξηγητῶν νόμοι ἀφηγῶνται δεῖν γίγνεσθαι τὴν κάθαρσιν ἑκάστοτε καὶ ἑκάστοις.*

con cui si rende l'acqua inservibile corrompendola, dall'avvelenamento al semplice inquinamento. Neppure per il terzo può esservi dubbio. Dell'uso quivi fatto della voce *κλοπή* (*κλέπτω*) si argomenta di leggieri che l'autore ha voluto riferirsi alle prese abusive fatte sulle acque altrui.

Potrebbe esservi qualche dubbio sul secondo di tali danni, potendo questo esser ricondotto al taglio delle vene da una parte, agli emungimenti dall'altra. Bisogna convenire per altro, che mentre per l'interpretazione che vuol riconoscere in quella frase il taglio delle vene mancano validi argomenti, e dovrebbe discutersi sul valore da attribuire alle parole, a favore dell'altra ipotesi, stanno invece delle ragioni che ci sembrano di non lieve valore.

Platone, in primo luogo, usando qui la voce *ἀποτροπαῖς* distingue questo modo di danneggiamento dal taglio delle vene, che ha già indicato col verbo *ὑποτέμνω* [1] e dalle prese abusive di cui parla subito dopo e che chiama furti. Trattasi quindi di un modo di danneggiare distinto dagli altri due e che l'etimologia della voce *ἀποτροπαῖς* (*ἀπὸ-τρέπω* = volgo da) designerebbe come un cambiamento di direzione dato all'acqua. E ciò si verifica appunto negli emungimenti ove per mezzo di fosse (*σκάμμασιν*, come dice Platone) si cerca di mutar direzione all'acqua, attirandola in esse.

Inoltre è da osservare che Platone parla qui di danni che possono arrecarsi indifferentemente ad acque sorgive o di cisterna [2]. Non è quindi neppure possibile pensare che possa ivi trattarsi della rescissione delle vene, che è inconcepibile per le acque raccogliticce.

Inoltre l'esser messo, questo danno arrecato alle acque, alla pari con il furto e con l'inquinamento malizioso delle acque altrui, indica che non può trattarsi di semplice taglio delle vene, che può accadere anche non *data opera*. Si aggiunga che mentre questo si verifica per cause che possono essere molto limitate, Platone usando la voce *σκάμμασιν* per indicare il modo con cui tale danno venne arrecato, sembra essersi voluto riferire a scavi

(1) ..... *μὴ ὑποτέμνων πηγὰς φανερὰς ἰδιώτου μηδενός.*
(2) ..... *εἴτε καὶ πηγαῖον εἴτε καὶ συναγυρτόν.*

di qualche ampiezza ed importanza, quali sono di solito quelli coi quali si procurano gli emungimenti.

Ultimo argomento è la liceità del taglio delle vene che sembra già espressa in Platone. Abbiamo visto, infatti, che questi, parlando della facoltà di derivare le acque comuni, riconosce a coloro che le derivano il diritto di condurle attraverso i terreni altrui con date limitazioni: una di queste è appunto il divieto di tagliare con l'acquedotto le sorgenti manifeste che si trovano nel fondo attraversato ([1]). Il caso in cui tale divieto ha luogo è qui molto limitato. Si richiede per esso che il taglio delle vene sia fatto con gli scavi eseguiti sul fondo altrui per costruire l'acquedotto, e che il danno sia arrecato a sorgenti che Platone *φανεράς*, cioè « manifeste » o, forse meglio, « in uso ».

La ragione della proibizione doveva stare in ciò, che si voleva impedire che l'acquedotto servisse di pretesto onde introdursi nei fondi di chicchessia per appropriarsi le acque che vi si trovavano, per condurle poi nel proprio fondo, insieme con quelle derivate dai corsi d'acqua comuni. Dati questi limiti, così precisi, entro i quali è ristretta la proibizione, crediamo che sia logico dedurne mediante un'argomentazione *a contrario*, la liceità del taglio delle vene in tutti gli altri casi non contemplati.

Se quindi nel diritto greco il taglio delle vene d'acqua era riconosciuto lecito, il caso di danno di cui parliamo, non può certamente essere altro che l'emungimento.

§ 5. Servitù riguardanti le acque.

Abbiamo osservato nel paragrafo precedente come le così dette servitù di *χαράδρα* e *χειμάῤῥους*, se non si fondassero su altro che sul testo di Demostene nell'orazione contro Callicle, potrebbero forse esser poste in dubbio. Abbiamo infatti veduto che quivi l'oratore parla di due specie di fosse esistenti nei campi: le une di proprietà pubblica (*τι τῶν δημοσίων*) di cui tratta nel principio della sua orazione (n. 12), dove mostra come

([1]) Vedi innanzi p. 15 testo e nota 5.

il fondo del figlio di Tisia non faccia parte dell'alveo di una di queste perchè era coltivato, vi si trovavano delle tombe ecc.

La seconda specie di fosse di cui parla Demostene (n. 16 e segg.) sembra invece che fosse di esclusiva proprietà privata. Si dice invero che per lo scolo delle acque da un fondo all'altro vi erano delle fosse per le quali l'acqua del campo superiore era ricevuta dall'inferiore sul suo terreno (n. 19).

Su questa specie di fosse per l'appunto, si è discusso per vedere di riscontrare in esse una servitù prediale. È difficile, per altro, trovare nelle parole di Demostene un appiglio qualsiasi per sostenere l'esistenza di una servitù di tal fatta (1). Giacchè se, come sembra indubitato, l'azione di Callicle va presa come un'*actio aquae pluviae arcendae*, si dovrebbe riconoscere in queste fosse non una servitù propriamente detta, ma bensì uno degli indizii di quello stato di fatto che dà luogo a questa azione, ed in cui facilmente si riscontrano di tali alvei.

Senza dire che sembrerebbe invero strana la difesa fatta da Demostene, se per opporsi all'*actio aquae pluviae arcendae* sostenesse la mancanza di una servitù vera e propria in forza della quale l'inferiore dovesse ricevere le acque del fondo superiore, parendo tutto ciò inutile all'assunto.

Piuttosto nella dizione *ὁμολογούμεναι χαράδραι* si potrebbe riconoscere un elemento simile al comune consenso o al riconoscimento generale riguardo alla condizione di queste fosse che potrebbe ricordare la *vetustas* e la *natura* di rapporti tra i fondi del diritto romano. Il Brugi (2) è appunto di questa opinione.

Molto controversa ancora può esser la natura del diritto in forza del quale, secondo Platone, colui che conduce le acque comuni nel suo fondo, le fa passare sui fondi altrui. Qui però mi sembra che si riscontrino più facilmente i caratteri della servitù prediale, e cioè la sottoposizione di un fondo ad un altro per un'utilità permanente di quest'ultimo.

(1) Lo Scialoja stesso non ammette affatto per certe in questo luogo tali servitù, ma dice solo: « Assai maggior verisimiglianza hanno la servitù di *χαράδρα* e quella di *χειμάῤῥους* » (loc. cit., p. 11).

(2) Brugi, loc. cit., p. 38, n. 52.

Anche più esplicita a tale proposito è la legge di Efeso (I sec. av. Cr.), scoperta nel 1870. In questa essendo stato concesso ai debitori, in seguito alle rovine cagionate dalla guerra mitridatica, di liberarsi dai debiti distribuendo i loro terreni fra i creditori, al prezzo di stima che avevano prima della guerra, è fatto obbligo agli arbitri, che erano incaricati di queste divisioni, di riservare il passaggio ai luoghi sacri, alle acque, alle abitazioni ed ai sepolcri (1). Cotale riserva di diritti nella legge di Efeso richiama molto facilmente le *leges agris dictae* di cui abbiamo notizia in diritto romano a proposito delle ripartizioni delle terre provinciali.

Qui però trova luogo una domanda abbastanza importante. Queste riserve di diritto erano fatte a favore degli antichi proprietarii soltanto, od anche di un determinato fondo? Il diritto di passaggio per i luoghi sacri e specialmente pei sepolcri farebbe credere che si trattasse, almeno in parte, di servitù personali. Non si può però negare che dovessero esservi dei casi in cui si verificavano degli oneri reali propriamente detti, quale appunto quello del diritto di passaggio alle acque (2). Fare altre deduzioni sui testi analizzati credo sarebbe inutile, se non pure troppo arrischiato.

§ 6. Magistrature.

Per seguire, a dir così, l'ordine naturale, verremo studiando prima le magistrature che avevano competenza sulle acque nelle campagne, poi quelle in città.

Cominciamo quindi dagli *ἀγρονομοι*: molto si è disputato e si disputa intorno a tale magistratura. Il Lipsius (3) se ne

(1) V. 13 e segg.: *ἀφοριτέτωσαν δὲ ἐν τῇ διαιρέσει τῆς χώρας ὁδοὺς πρός τε τὰ ἱερὰ τὰ ὕδατα καὶ πρὸς τὰς ἐπαύ[λιας] καὶ [πρὸς] τάφους.*

(2) Il Dareste (*Nouvelle revue historique du droit français* 1877; *Une loi ephesienne* etc., p. 161 e segg.) riportando questa legge, allora pubblicata dal Wood, non fa che enunciare i diritti di passaggio, senza dire il suo parere in proposito.

(3) Meier und Schoemann, *Der attische Process*. Neu bearbeitet von J. Lipsius, Berlin, Calvary, 1883-87. Erste buch. n. 93, p. 105.

passa con un semplice accenno, parlando degli astynomi, ai quali li paragona. Anche lo Schömann (1) ne ha solo un ricordo.

Quello che si sa con certezza è che essi dovevano avere per le campagne la stessa autorità che gli astynomi avevano in città. Platone (2) infatti dà ad essi ed agli astynomi l'incarico di determinare gli obblighi dei proprietarii vicini fra loro rispetto al deflusso delle acque. Aristotele (3) nei *Politici* li contrappone agli astynomi dando ad essi gli stessi ufficii, che vengono probabilmente in gran parte enumerati da Platone (4).

Circa al loro numero, dovendo stare alle parole di Aristotile, sembra che essi fossero tanti quanti gli astynomi.

Tale magistratura non deve essere confusa, come lo è stato dal Künn (5), con quella degli *ἀγορανόμοι*, che sopraintendevano al mercato (6).

Un'altra magistratura che esplicava la sua azione fuori della città potrà forse essere stata quella dei *πολιανόμοι* che troviamo nominati nel catasto di Dioniso (7) e che poniamo qui a sem-

(1) G. J. Schömann, *Die griech, antiq*. Trad. R. Pichler, Firenze, Le Monnier, 1887, v. 1, c. II, § 5.

(2) Plato, *Νόμων H.*, n. 844: *ἐν ἄστει μὲν ἀστυνόμον, ἐν ἀγρῷ δέ ἀγρονόμον ἐπάγων ὁ βουλόμενος ταξάσθω, τὶ χρὴ ποιεῖν ἑκάτερον.* — La dicitura di Platone fa credere che essi non agissero come giudici veri e proprii, ma piuttosto come una magistratura amministrativa che potesse interporre, qualora fosse richiesta, la sua autorità in modo preventivo per impedire il verificarsi di possibili danni. Cfr. qualche cosa di simile per questa parte nella *cautio damni infecti* del diritto romano.

(3) Aristoteles, *Politicon*, VI, 5, 4: *῎Αλλη δ' ἀναγκαία τε καὶ παραπλησία ταύτῃ· περὶ τῶν αὐτῶν μὲν γὰρ, ἀλλὰ περὶ τὴν χώραν ἐστὶ καὶ τὰ περὶ τὰ ἔξω τοῦ ἄστεος· καλοῦσι δὲ τοὺς ἄρχοντας τούτους οἱ μὲν ἀγρονόμους, οἱ δ' ὑλωρούς.*

(4) Plato, *Νόμων*, VI, n. 761.

(5) In nota 57, p. 395, tomo 2, al. S. 113, L. VIII, c. IX « *Onomasticon* » *Jul. Pollucis* Comm. W. Seberi. G. Jungermann, Joach. Kunii etc. Amstelaedami, 1706.

(6) V. Plato, *Νόμων*, VIII, 848, 849. — Aristoteles, fr. 244*b*. in ed. Didot. — *Harpocration*. Aldinae Venetiis 1543 sub. h. v. — Suida, *Comm. Aem. Porti-Coloniae Allobr. ap. P. de ta Rouffiere 1699* s. v. *Κατὰ τὴν ἀγορὰν ἀψευδεῖν*. — Id. *Lex. Seg.*, p. 330, 13 etc.

(7) *Recueil d'inscriptions juridiques grecques*. Dareste, Haussouiller et Reinach, Paris, Leroux, 1891, XII, 1. Table d'Heraclée, p. 204, § 9.

plice ricordo, dacchè, a giudicare dal contesto, non doveva avere che una giurisdizione indiretta sulle acque. D'altra parte essendo il documento di epoca così tarda, quest'ufficio rappresenta al più un resto soltanto delle antiche magistrature classiche greche, modificato dalla legislazione provinciale romana.

Ben poco si conosce intorno all'*ὑδάτων ἐπιστάτης*, facendone menzione il solo Plutarco (1). Dal non trovare il suo nome fra le distinzioni che Aristotile (2) fa degli astynomi, si potrebbe supporre che esso fosse una delle cariche, in cui, a simiglianza di questi, si dovevano dividere gli agronomi. Però la dizione *Ἀθήνησις* usata da Plutarco a proposito di Temistocle quando rivestiva tale ufficio, fa sospettare che potesse essere una delle magistrature cittadine. Da quel che si può congetturare dal nome e da quello che dice Plutarco medesimo, esso doveva avere la sopraintendenza delle acque, probabilmente non solo dal lato amministrativo, bensì doveva avere anche speciali facoltà giurisdizionali parlandosi di multe che Temistocle occupando quella carica avrebbe imposte a coloro che sottraevano l'acqua e la derivavano altrove. Ciò fa credere che si trattasse di un magistrato che aveva la custodia dei pubblici acquedotti.

Riserbandoci di parlare in appresso degli arbitri, riassumiamo qui brevemente le magistrature certamente competenti sulle acque nell'interno della città. Esse erano in gran parte comprese nel collegio più volte detto degli astynomi, alle cui funzioni corrispondono esattamente quelle degli edili romani. Tale

(1) Plutarchus. *Βίοι*. Themistocles (Parisiis. Didot. 1846. § 21 pr. ... *εἶδε καὶ ἐν Μητρὸς ἱερῷ τὴν καλουμένην ὑδροφόρον κόρην χαλκῆν, μέγεθος δίπεχυν, ἣν αὐτὸς, ὅτε τῶν Ἀθήνησιν ὑδάτων ἐπιστάτης ἦν, εὑρὼν τοὺς ὑφηρημένους τὸ ὕδωρ καὶ παροχετεύσαντας ἀνέθηκεν ἐκ τῆς ζημίας ποιησάμενος.*

(2) Aristoteles, *Politicon*. loc. cit., parlando degli astynomi: *ὧν ἑτέρους ἐφ' ἕτερα καθιστᾶσιν ἐν ταῖς πολυανθρωποτέραις πόλεσιν, οἷον τειχοποιοὺς καὶ κρηνῶν ἐπιμελητὰς καὶ λιμένων φύλακας.* — Uno dei commentatori del Petitus, *Leges Atticae*, nell'ed. della *Jurisprudentia Romana et Attica*, Lugduni Bathavorum, 1741 al l. V, tit. 1°, p. 481, n. 388, nota 2ª, ha identificato l'*ὕδατων ἐπιστάτης* cogli astynomi; il Sigonio (*De republica Atheniensium* [ext. in Gronovio, *Thesaur. graec. antiq.*, t. V], l. V, c. III, col. 1607 F) e quasi colle stesse parole Meier e Schömann (loc. cit., p. 107) li credono sopraintendenti agli acquedotti.

collegio era composto di dieci magistrati dei quali cinque presiedevano alla città e cinque al Pireo (1). Aristotile parimenti nota che questa magistratura si divide in più parti od ufficii, uno dei quali era quello del *κρηνῶν ἐπιμελετής*, riguardante specialmente le acque (2).

Questo stesso autore ricorda che le cariche degli astynomi erano tratte a sorte, ma sembra che a questa regola facesse eccezione appunto, fra alcune altre, quella suddetta del *κρηνῶν ἐπιμελετής* che era elettivo (3). In tal maniera si completano a vicenda nel modo più ovvio il passo succitato dei « politici » che enumera il *κρηνῶν ἐπιμελετής* fra gli astynomi, e l'altro della *Ἀθηναίων πολιτεία*, in cui, dopo aver detto che tutte le cariche inferiori erano sorteggiate (e perciò anche gli astynomi, dei quali conferma ciò esplicitamente al c. 50) eccettua da tal regola il *κρηνῶν ἐπιμελετής*, il questore della cassa militare ed il cassiere dei pubblici spettacoli, che vengono eletti a maggioranza di voti e durano in carica da una festá delle Panatenee all'altra.

(1) Harpocartion s. v. *Ἀστυνόμος*: ..... *Δέκα φησὶν εἶναι τοὺς ἀστυνόμους Ἀρισιοτήλες, ἐν τῇ Ἀθηναίων πολιτεία, πέντε μὲν εν Πειραιεῖ, πέντε δ' ἐν ἄστει.* Cfr. infatti Aristotele, *Ἀθηναίων πολιτεία* (ed. Ferrini) c. 50: *Κληροῦνται δὲ ..... καὶ ἀστυνόμοι δέκα· τούτων δὲ ε̄ [μὲν] ἄρχονσι ἐν Πειραιεῖ, Πέντε δ' ἐν ἄστει.* — Tale raffronto è molto importante perchè il testo dell'Arpocrazio surriferito è uno dei pochi passi di autori antichi in cui veniva citata l'opera di Aristotele *Ἀθηναίων πολιτεία*, ė di cui si sia potuta riscontrare la citazione. È perciò una delle autorevoli testimonianze per la identificazione di quest'opera aristotelica, da poco rinvenuta, e che in principio non si sapeva, per la mancanza del titolo, che cosa fosse. — A proposito del numero degli astynomi il Petito, non seguito però da alcun altro, pensava (*Leges atticae*, l. III, t. II, n. 253) che, secondo il Pireo era considerato come un terzo dell'intera città, questi magistrati dovessero esser quindici; dieci in città e cinque al Pireo.

(2) Aristoteles, *Πολιτικῶν*, l. VI, c. V, n. 3: *Καλοῖσι δ' αστυνομίαν οἱ πλεῖστοι τὴν τοιαύτην ἀρχήν, ἔχει δὲ μόρια πλείω τὸν ἀριθμόν, ὧν ἑτέρους ἐφ' ἕτερα καθιστᾶσιν ἐν ταῖς πολυανθρωποτέραις πόλεσιν, οἷον τειχοποιοὺς καὶ κρηνῶν ἐπιμελητὰς καὶ λιμένων φύλακας.*

(3) Aristoteles, *Ἀθηναίων πολιτεία* (ed. Ferrini) c. 43: *Τὰς δ' ἀρχὰς τὰς περὶ τὴν ἐγκύκλιον διοίκησιν ἁπάσας ποιοῦσι κληρωτάς πλὴν ταμίαν στρατιοτικῶν καὶ τῶν ἐπὶ τὸ θεορικὸν καὶ τοῦ τῶν κρηνῶν ἐπιμελετοῖ. ταύτας δὲ χειροτο νοῦσιν, καὶ οἱ χειροτονηθέντες ἀρψουσι ἐκ Παναθηναίων εἰς Παναθήναια.*

volte negli scrittori greci (1), ed è tenuto in conto di vilissimo, probabilmente per la difficoltà di contentare tutti nel riempire le clessidre del cui uso abbiamo già parlato (2).

Sappiamo da ultimo che in questa, come nelle altre materie private (3) era possibile l'intervento degli arbitri, anzi l'unica memoria di giudizii riguardo alle acque rimastaci, che è, come dicemmo, l'orazione contro Callicle di Demostene, si riferisce appunto ad un giudizio di arbitri.

Rinviando per ciò che riguarda il loro numero e la loro elezione agli autori sulle magistrature ateniesi (4) ci restringiamo qui a ricordare soltanto, ad illustrazione della suddetta orazione, che chi non si fosse presentato, prima del tramonto del giorno stabilito per comparire, all'arbitro senza addurre una scusa attendibile, era condannato, e la sentenza diveniva irretrattabile se entro i dieci giorni successivi non avesse giustificato la sua contumacia (5). La pena per tale fatto era di mille dramme (6). Sembra perciò che la causa del figlio di Tisia per cui Demostene scrisse la sua orazione contro Callicle, fosse un appello proposto dalla sentenza contumaciale degli arbitri che non era stata potuta infirmare nei dieci giorni.

(1) Pollucius, loc. cit.: ..... *ἐπιμελητὴς δέ τις κληρωτὸς ἐγίγνετο, ὃς ἐκαλεῖτο ἐφύδωρ, ὁ παραφυλάττων τὴν ἰσότητα τῆς κλεψύδρας*; Plutarchus, *Proverbia alexandrinorum*. Prov. CXVII: *Εἶι' ἐφ' ὕδωρ κακόν ἐπὶ· τῶν δυσκληροι΄ντων. Ἐν γὰρ τοῖς δικαστηρίοις τὸ φαυλότατον τῶν ἔργων ἦν ὕδωρ διαμεθρε`ν τοῖς δικαζομένοις. Ἐγίνετο δὲ οὗτος ἀπὸ κλήρου.* — Suidas, ad *Τὸ Ε μετὰ τῶν Φ. Χ. Ψ.* s. v. *ἐφ' ὕδωρ*. Hesychius, s. ead. voce.

(2) Cfr. Sigonius, *De republica Atheniensium*, III, col. 1582 C. e segg. (in Gronovio, *Thes.* etc. V); Meier u. Schömann, op. cit., p. 930. Il Brugi, loc. cit., p. 303, deve certamente aver scambiato l'*ἐφ' ὕδωρ* con un magistrato che avrebbe dovuto, secondo lui, occuparsi nei giudizi della partizione fra i contendenti di un'acqua litigiosa, mutando così il senso del testo di Plutarco ora citato.

(3) Demosthenis in *Midiam*, n. 34 lex.

(4) Curioso fra tutti è il *Tractatus de republica sive de magistratibus Atheniensium*, c. VIII, *de arbitris* di un autore segnato con la sigla G. P. nel tomo IV del *Thesaurus* del Gronovio, che raccoglie molte particolarità. Per il loro numero vedi Pollucius, *Onom.* VIII, c. IX, segm. 87.

(5) Pollucius, lib. VIII, c. VI, segm. 60. — Sigonius, *de Rep. Athen.*, l. III, c. ult. (ext. loc. cit.).

(6) Cfr. Demostene, *contro Callicle*, n. 2, 25, 28, 35; id., *contro Midia*, n. 89 e segg.: per l'ammontare della multa, n. 89.

PARTE SECONDA

DIRITTO ROMANO

INTRODUZIONE

Non ho creduto nè opportuno nè conveniente accingermi ad una completa trattazione sistematica sulle acque sorgive nel diritto romano. Sì l'ampiezza della materia, come la poca utilità pratica che tale lavoro avrebbe potuto apportare, specialmente dato il carattere del presente scritto, me ne sconsigliarono. Del resto essa era già stata trattata e discussa da persone ben più competenti di me.

Mi sono quindi proposto per questa parte di esprimere soltanto il mio modesto parere intorno ad alcune questioni la cui soluzione è particolarmente degna di nota, e può tornare utile anche nei rapporti del diritto attuale, specialmente per precisare alcuni concetti spesso confusi e controversi.

§ 1. Acqua « viva » ed acqua « profluens ».

Le molteplici e gravi conseguenze cui dà luogo l'esistenza di questi due concetti, e lo strettissimo nesso che corre fra di loro, rendono necessaria una dichiarazione della loro natura ed

Molto diverso invece è il concetto dell' *aqua profluens*. È riuscito molto difficile ai romanisti il separarlo da quelli del fiume, della fonte ecc. con cui naturalmente va unito.

Tale denominazione viene data all'acqua come elemento in sè, sorpresa, come dice la parola, proprio nel momento in cui, per effetto della gravità, scorre liberamente, e immaginata distinta tanto dalla sorgente quanto dal corso, al quale dà origine.

Considerata appunto sotto questo aspetto viene da Marciano (¹) riposta fra le *res communes*, e negli scrittori latini la troviamo spesso portata come esempio di quelle cose, dall'uso delle quali non può mai alcuno venire escluso (²).

Per distinguere l'*aqua profluens* dal fiume, che sovente essa forma, il Donello (³) argomenta dall'uso che di essa si fa.

Se questo non abbia i caratteri dell'uso pubblico, di quello cioè che caratterizza la cosa pubblica, l'acqua è solo *profluens* e perciò *communis*; se invece i cittadini si servano del fiume come tale, nella sua entità specifica, non si potrà più parlare di *aqua profluens*, ma solo di *flumen publicum*.

(¹) L. 2, D. 1, 8.

(²) Cic. *de Off.* 1, c. 16. — Ovidius, *Metam.* VI, 348: « Quid prohibetis aquas? Usus communis aquarum est. ». — Cfr. Verg. *Aen.* VII, 230. — Prudentius, l. 2 adversus Symmachum

Nunc adsunt homini data munera legibus iisdem
Queis concessa semel fons liquitur, amnis inundat
. . . .
Et res naturae fit publica, promptaque cunctis
Dum servat elementa suum famulantia cursum.

Cfr. Muhlenbruc, *Doctrina pandectarum* II, 1, 217: « Rerum communium loco ea habentur, quarum dominium nullius usus vero omnium est « velut aer, aqua profluens, mare, litora maris. Usum tamen eum intelligimus, qui aliis sit innocuus; quod si quis eo modo uti prohibeatur, iniuriarum agi poterit ».

(³) Hugo Donellus, *Opera omnia*, Lucae 1762, vol. I, 654, V. La distinzione di Donello segna un gran passo fra gli errori e le confusioni della scuola, da Accursio che confonde l'acqua *profluens* con l'acqua piovana a Balduino, *Catechesis juris civilis*, c. III (In Jurispr. Rom. et Attica, tomus I, col. 693) che confonde troppo indeterminatamente le *res communes* con le *publicae*.

Il Born (1) distingue anzitutto nelle fonti l'uso dalla proprietà: l'uso era pubblico, la proprietà pubblica, di università o privata. Poi precisa la distinzione seguendo Donello: « Et ex hoc « ipso fundamento videtur imperator noster Justinianus retulisse « aquam profluentem ad res communes, § 1. *De R. D.*, flumen « vero ad res publicas, § 2. *eod.*, cum tamen constet quod omne « flumen sit aqua profluens. Nempe quatenus est flumen, cujus « usus in navigatione et piscatione consistit, est res publica, et « spectat tantummodo ad certum populum, quatenus est aqua « supra dictos usus praebens, est res communis et omnes homines « admittit ».

Il Glück (2) prende invece come base della distinzione la possibilità della occupazione. Ora « l'acqua liberamente corrente » finchè rimanga tale, non può, al pari dell'aria e del mare, formare oggetto di occupazione da parte dei privati e perciò viene enumerata fra le « res omnium communes ».

Ciò invece non accade nel fiume, preso nel suo complesso, sebbene esso sia capace soltanto di una occupazione speciale, qual'è quella delle *res publicae*.

Il Windscheid (3) cerca darne una formula astratta: « Ri- « spetto alle acque che si trovano sulla terra, dice egli, si « deve distinguere tra l'onda scorrente come tale e la tota- « lità dell'acqua. Quella non può essere apprendibile e quindi « non può immaginarsi quale oggetto di un diritto privato, mentre « ciò non è impossibile per la totalità dell'acqua. D'altra parte « la natura non ha destinate tutte le acque ad esser sottoposte « al dominio esclusivo di uno o di singoli; le acque maggiori « hanno la destinazione naturale di servire all'uso comune... ». Mentre al principio di queste parole l'autore, prendendo, come il Glück, il fatto dell'occupazione come base della distinzione, enuncia questa con evidenza matematica, in fine invece sembra in

(1) Born Georgius, *De fontibus eorumque juribus dissertatio*. Wittenbergae, Typ. Viduae Aug. Bruningii, 1683.

(2) Glück Federico, *Le Pandette*. Vallardi, Milano, lib. 41, traduzione S. Perozzi, p. 44, n. 3.

(3) *Diritto delle Pandette*. Trad. Fadda e Bensa, Un. Tip. Ed. 1889, § 146.

parte confondere le *res publicae* e le *communes* e introduce, come essenziale all'uso comune un elemento nuovo, la grandezza delle acque.

Più esatto e più chiaro di tutti è invece il Serafini [1] che fondandosi pure sull'occupazione dice: « L'acqua corrente « (*aqua profluens*) come tale non può essere oggetto di diritto pri- « vato perchè inapprensibile, ed è sotto questo aspetto che i Ro- « mani la considerano come *res communis omnium*, al pari del- « l'aria e del mare (§ I, *Inst. de rer. div.* II, 1); ma il com- « plesso di un'acqua, ossia un corpo d'acqua, può benissimo essere « oggetto di proprietà sia dello Stato, sia dei privati ».

Del resto già Eraclito, che può dirsi, per il principio informatore della sua filosofia, l'Hegel dell'antichità, aveva, col suo *Πάντα ῥεῖ* intraveduto che l'*aqua profluens* non può mai essere la stessa; che cioè, ad esempio, non è possibile tuffarsi due volte nelle stesse acque del fiume, quando pur uno si tuffi due volte nello stesso fiume.

È facile a questo punto vedere in che rapporto si trovino fra di loro l'acqua *viva* e la *profluens*. Il secondo appellativo, più generico del primo, denomina non altro che una condizione derivata dell'acqua, in circostanze speciali. Nella maggior parte dei casi esso non è che l'effetto appunto dell'essere acqua viva, ossia di sorgente. Sicchè molto spesso le due denominazioni si trovano tra loro nel rapporto di causa ed effetto, mentre non può sempre dirsi che esse siano correlative.

§ 2. L'« aqua viva » in rapporto al fondo in cui sorge.

La questione che ci proponiamo a risolvere, ci sembra di capitale importanza riguardo al modo di intendere gran parte della legislazione romana sulle acque. Le ipotesi possibili sono varie: si può cioè sostenere che l'*aqua viva* fosse considerata nel

(1) Serafini, *Istituzioni di Diritto Romano*, VII, ed. Modena, Archivio giuridico, 1900, lib. I, § 13, nota 1.

diritto romano come un'accessione od un accessorio del fondo, ovvero come una parte di questo, od anche fosse un immobile per sè stante, ma distinto giuridicamente come tale dal terreno circostante, come nel diritto odierno. Però siccome crediamo che i principii filosofici, seguiti dalla maggior parte dei giureconsulti romani, debbano aver grandemente influito su tale concezione, cercheremo di porre a raffronto le norme di diritto che ci rimangono colle dottrine stoiche, che erano appunto le più seguite e delle quali si riconoscono ancora larghe tracce nel diritto giustinianeo.

Che l'acqua viva fosse considerata come accessione del terreno in cui essa sorge, potrebbe farlo credere l'intima unione in cui si trova con questo, pur rimanendo sempre elemento non necessario per la sua entità fisica, e spesso separabile. Vi è stato anche chi ha sostenuto che in diritto romano si avessero viste di questo genere, e che l'acqua fosse ricordata quasi cosa accessoria rispetto al fondo che è la principale e quella in cui essa viene assorbita [1]. È però di grave ostacolo all'accettazione di tale teoria il vedere che il diritto romano non si preoccupava del taglio delle vene d'acqua, più di quello che si preoccupasse di un cavo qualsiasi fatto dal proprietario nel proprio fondo [2]. Una noncuranza così assoluta, mal si accorderebbe con l'ipotesi dell'accessione, in cui, per quanto intima voglia considerarsi l'unione avvenuta fra principale ed accessorio, non scomparisce mai in un modo così assoluto la distinzione fra i due oggetti.

Non poco imbarazzo crea pure la locuzione « pars enim fundi videtur aqua viva » usata dalle fonti parlando dell'acqua di un pozzo [3]. Questa non sembrerebbe in alcun modo conciliabile con la teoria surriferita, giacchè afferma una connessione più intima che non sia quella intercedente fra cosa principale ed accessoria.

Questi stessi testi, insieme con alcuni altri che esamineremo in seguito, conducono ad escludere in maniera anche più assoluta

[1] Dohler Christian, *De jure fontium dissertatio.* Ienae, Typ. Mullerianis, p. 7, § 6.

[2] L. 1, § 12, D. *De aq. et aq. pl. arc.* 39. 3; l. 24, § 12, D. *De danno inf.* 39. 2; l. 26 D. *eod.*

[3] L. 11, pr. D. *Quod vi aut clam*, 43, 24.

l'altra ipotesi che, nel diritto romano, possa considerarsi una sorgente, o più genericamente un'acqua *viva* qualsiasi come un bene per sè stante distinto, o distinguibile almeno, dal fondo in cui si trova ([1]).

Ed eccoci alla terza ipotesi: Il Windscheid ([2]) così si esprime a proposito dei significati della parola « parte »: « Delle parti « di una cosa si può parlare in quattro diversi sensi: .... 3°) « Parte come pezzo di una cosa composta che unito agli altri « pezzi della cosa costituisce un tutto omogeneo (parte costi« tutiva) ». Prescindendo dalla parola « *pezzo* », troppo volgare ed anche poco precisa per non rendere possibile qualche ambiguità e che forse potrebbe sostituirsi con « *elemento* », si deve, io credo, ricondurre a questa specie di *parti* l'acqua viva rapporto al fondo, in cui si trova ([3]).

Il Ferrini ([4]), parlando della condizione giuridica del sottosuolo dopo esser giunto alla conclusione che questa è la stessa del predio sovrastante soggiunge: « Mi pare che questo sia il con« cetto de' Romani, quando dicono che l'*aqua viva* in fondo al « pozzo è *portio agri* (fr. 11, pr. D. 43, 24); che lo scavare ed « il precidere le vene d'acqua sotterranee è *facere in suo* (fr. 24, « § 12, D. 39, 2. *tam alte fodiam in meo*; e fr. 26 ib. *in suo* « *faceret*: fr. 1, § 12, D. 39, 3); ..... Inoltre questa concezione « sembra rispondere per antitesi al principio che tutto quanto « viene a congiungersi col suolo sopra il medesimo diventa parte « del predio stesso ed entra nel dominio del proprietario ».

Molto simile all'opinione del Ferrini è la frase dell'Arndts ([5]) che asserisce che « nella proprietà dei fondi questo potere (vale « a dire il diritto di proprietà) si estende a ciò che è sotterra « ed allo spazio sovrastante fin dove è possibile per natura far

([1]) Dohler, Chr., loc. cit.

([2]) Loc. cit. § 142. Parti d'una cosa.

([3]) Perozzi, *Il divieto degli atti di emulazione ed il regime giustinianeo delle acque private.* Archiv. giur. 53, p. 368.

([4]) Ferrini, *Manuale di Pandette.* Milano, Soc. Ed. Libraria, 1900, p. 271, n. 219.

([5]) Arndts-Serafini, *Trattato delle Pandette.* Bologna, Fava, 1874, vol. 1, c. 2, § 130.

« valere su queste due parti la signoria esclusiva di un solo e « semprechè v'abbia un'utilità pratica qualsiasi pel godimento « del fondo ».

Se si pongano ora a confronto la *portio agri* di cui parla il Ferrini, con la « parte costitutiva » di cui abbiamo visto la definizione data dal Windscheid, se ne vede facilmente la corrispondenza. Quell'autore invero, dopo aver considerato il sottosuolo della stessa condizione della superficie, chiamando secondo il testo romano *portio agri* l'acqua che ivi si manifestava, non poteva intenderla che come parte costitutiva del fondo nel suo complesso, giacchè nessuno degli altri significati attribuiti a tale parola le si sarebbe potuto adattare.

Dalle parole dell'Arndts si desume egualmente che egli non fa alcuna differenza fra la proprietà della superficie e del sottosuolo, considerandole come un tutt'uno con lo spazio sovrastante e la superficie, uniti insieme a costituire il *fondo*. Anzi egli, adoperando la voce *parti* per indicare il sottosuolo e lo spazio sovrastante, indica molto chiaramente il suo avviso a tale proposito, giacchè siccome gli altri significati della parola *parti* non avrebbero avuto senso, anche qui deve intendersi come *parte costitutiva*. Niun dubbio quindi, che anche per l'Arndts *l'aqua viva*, come parte costitutiva del sottosuolo, fosse anche parte costitutiva del fondo.

Una riprova della teoria ora esposta l'abbiamo nella concezione stoica del mondo, in cui l'acqua, è uno degli elementi dell'universo, anzi il primo ed il principale. Sarebbe ridicolo considerare un tale elemento come accessorio dell'una o dell'altra parte della terra, giacchè i due elementi, terra ed acqua concorrono entrambi a costituire quel dato terreno, in cui quest'ultima viene poi a manifestarsi sotto forma di deflusso perenne: quindi nessuna subordinazione è possibile fra di essi, che ci si presentano invece con un parallellismo costante ed assoluto.

È ben facile, dopo ciò che abbiamo detto, vedere a chi debba appartenere, secondo il diritto romano, l'acqua viva che sorge in un fondo determinato. Siccome essa è parte del fondo in cui sorge, così dovrà sempre dirsi che essa appartiene al proprietario del fondo in cui nasce. Nè sarà necessario distinguere

tra le varie manifestazioni dell'acqua viva: la regola varrà lo stesso sia che si tratti di *venae subterraneae*, di un *caput aquae* in genere, sia di una *fons* (¹) trattandosi sempre di *aqua viva*. La perfetta corrispondenza in cui tale teoria si trova colle parole dei testi romani, credo che sia bastevole testimonianza della sua verità (²).

Un'obbiezione che anche al presente è stata mossa da alcuni ad una concezione privatista di questa fatta sul diritto delle sorgenti, riguarda quelle maggiori sorgenti che o da sole formano dei corsi d'acqua pubblici, o influiscono notevolmente con la loro portata su di essi. Nulla si trova nei testi delle nostre fonti a tale riguardo, e se qualche cosa si volesse dedurre dalla frase di Ulpiano (§. 7, D. 43. 13): « Plerosque scio prorsus flumina « avertisse alveosque mutasse dum praediis suis consulunt », non potrebbe essere certamente a favore della tesi che volesse estendere il carattere pubblico nella materia delle acque.

Tra gli antichi autori di diritto romano, che abbiano trattato tale questione, principale è certamente il Pecchio, che difende apertamente la natura pubblica di tali fonti; ma siccome di questo dovrò parlare in seguito per quel che riguarda la pratica del diritto comune, credo invece opportuno ricordare qui un autore poc'anzi citato e generalmente poco noto, ma che mi sembra abbastanza notevole per la chiarezza e la concisione dell'esposizione. Il Born, nella sua dissertazione sulle sorgenti, si propone anch'egli il problema, ed, a favore della tesi della pubblicità delle sorgenti in parola, pone il principio che, essendo il fiume qualche cosa di unico e di complessivo, si deve verificare di ciascuna sua parte, ciò che si verifica del tutto per i principii contenuti nelle l. 113, 147, D. *De reg. iur.*; ma dopo di ciò ricorda il caso del Danubio che ha origine in fondi privati. Egli per altro risolve la questione, distinguendo fra l'uso e la proprietà della sorgente, e dicendo quello comune per la sorgente come per l'acqua del

(¹) L. 1, § 8 pr. e fine. D. 43, 20.

(²) L. 11 pr. D. *Quod vi aut clam.* 43, 24 V. pure i testi riguardanti il taglio delle vene l. 24, § 12, D. 39. 2; l. 26, D. eod.; l. 1, § 12, D. 39, 3. Cfr. Dohler, loc. cit. — Domat, *Leges civiles*, Venetiis, Pezzana, 1785, lib. I, n. 7.

fiume (*aqua profluens*); questa invece o pubblica, o delle *universitates*, o privata. Riconosce infine che, siccome il carattere pubblico è dato al fiume dal fatto di poter servire ad usi pubblici, è ben difficile che una sorgente si trovi in tali condizioni (1).

La esistenza di fiumi privati, governati dalle stesse leggi che regolano le altre cose private (2), che certamente potevano andare a confluire con fiumi pubblici, e dei rivi, ritenuti sempre di ragione privata, è pure un argomento contro il sofisma che la sorgente, come parte di una cosa pubblica, qual'è il fiume, debba esser pubblica anch'essa, e conferma così l'opinione sopra esposta (3).

Tutto ciò per altro non esclude che, qualora una sorgente fosse adibita ad un uso pubblico, non potesse per effetto di una *publicatio* divenire pubblica, che anzi si hanno forse degli esempi in proposito (4), e del resto la denominazione di *aquae publicae* e di *aqueductus publicus* che s'incontra più volte anche nei testi classici (5) parlando degli acquedotti, è un grave indizio, se non una prova, di tale *publicatio*. Molto notevole è a tale proposito la frase che Frontino usa parlando delle acque che sono concesse ai singoli privati dai pubblici acquedotti: « Apud antiquos « omnis aqua in usus publicos erogabatur » (6), e poco più sotto: « Ex quo manifestum est quanto potior cura maioribus commu« nium utilitatem quam privatarum voluptatum fuerit, cum etiam

(1) Born, loc. cit. c. 1, § 1.

(2) Per la questione dei *flumina privata* V. Windscheid, § 146, nota *a*). — Donelli, *Opera*, I, 660, n. 2.

(3) Arndts-Serafini, I, § 49, 3°. Importante è a tale proposito la distinzione delle « aquae publicae atque venales » dalle « fontes » che fa Hyginus, *De condicionibus agrorum*, L. p. 120, la parificazione dei « rivi » e delle « fontes » nei rapporti del diritto privato nella *Lex Coloniae Genetivae*, § 79 (Bruns, *Fontes*, Tubingae, 1876).

(4) *Lex Coloniae Genetivae*, I, c. XCVIIII. « Quae aquae publicae in « Oppido Coloniae Genetivae adducentur IIvir, qui tum erunt, ad decuriones « cum duae partes aderunt, referto, per quos agros aquam ducere liceat.. ». V. pure l. 9, C. 11, 43.

(5) L. 1, § 40, 41, D. 43, 20; l. 2, C. 11, 43; l. 8, ib.; l. 9, ib.; l. 11, ib. Front. *De aquaed.* § 97, § 100, § 103 ecc.

(6) Frontinus, *De aquaed. urb. Romae*, § 94.

« ea aqua quam privati ducebant, ad usus publicos pertineret » [1].

§ 3. Vendite e concessioni di acque.

Rispetto alla vendita di acque e di sorgenti pochi testi ci sono rimasti, e precisamente la lapide di Valerio Vegeto, ritrovata a Viterbo [2], la l. 30, D: *De serv.* pr. 8, 3; la l. 14, § 3, D. *De alimentis leg.*, 34, 1, ed un accenno in un epigramma di Marziale [3] ed in Igino [4]. Occorre però distinguere fra tali testi quelli che parlano dell'acqua viva come tale, da quelli che parlano dell'acqua attinta e separata da un'acqua viva o raccogliticcia qualsiasi: a questa seconda divisione mi sembra che appartengano l'epigramma di Marziale e la l. 14, § 3 D. 34, 1. Non si può far luogo a questioni riguardo all'epigramma di Marziale perchè ivi

[1] Ib. § 95. Ricordiamo pure come la pena della confisca dei fondi che venissero indebitamente irrigati con acque pubbliche, sancita nella l. 2, C. 11, 34, si trova già enunciata in Frontinus, *De aquaed.* § 97.

[2] Bruns, *Fontes.* Negotia — IX, 13. « Mummius Niger Valerius « Vegetus consularis aquam suam Vegetianam quae nascitur in fundo An- « toniano majore P. Tulli Varronis, cum eo loco, in quo is fons emancipatus, « duxit per millia passum VDCCCCL in villam suam Calvisianam, quae « est ad aquas Passerianas suas, comparatis et emancipatis sibi locis itineri- « busque eius aquae a possessoribus sui cuiusque fundi per quae aqua supra « scripta ducta est per latitudinem structuris pedes X fistulis per latitudi- « nem pedes VI per fundos Antonianum maiorem et Antonianum minorem « P. Tulli Varronis et Baebianum et Philinianum A. Ulcei Commodi et Pe- « tronianum P. Tulli Varronis et Volsonianum Herenni Polybi et Fundania- « num Caeteuni Proculi et Cuteolonianum Corneli Latialis et Serranum infe- « riorem Quintini Verecundi et Capitonianum Pisirani Celsi et per crepidi- « nem sinisteriorem viae publicae Ferentiensis et Scirpianum Pisiraniae « Lepidae et per viam Cassiam in villam Calvisianam suam, item per vias « limitesque publicos ex permissu senatus consulti ».

[3] Martialis, lib. 3, epigr. 55:

> *Sit cisterna mihi, quam vinea, malo Ravenae*
> *Cum possim longe vendere pluris aquam.*

[4] Hyginus, *De condicionibus agror.* Lach. p. 120: « *aquae publicae atque venales, fontes* etc. »

parla esplicitamente di vendita di acque come elemento immagazzinato in una cisterna, e non riguarda quindi sorgenti od acque perenni che si ricambino. Anche la l. 14, § 3, D. *De alimentis Ag.*, 34, 1, non si riferisce probabilmente ad *aqua viva*, giacchè Ulpiano sembra che si fosse proposto il caso di acque raccolte in cisterne, onde il ricordo che fa dell'Egitto e dell'Africa, come luoghi in cui le acque erano « venales », riguarda appunto il caso di acque immagazzinate in serbatoi in quei luoghi in cui mancavano fonti perenni.

Ora invece esaminando il caso di vendite di acque perenni, dobbiamo distinguere fra le vendite di sorgenti, e quelle che ora chiamiamo « contratti di presa d'acqua ».

Nella lapide di Viterbo poco dianzi riferita si ha una testimonianza esplicita della prima specie di tali acquisti. Valerio Vegeto *vir consularis* è quivi ricordato per aver condotto l'acqua *sua vegetiana* (così chiamata dal nome del proprietario) che nasce in un fondo (*Antonianus maior*) di P. Tullio Varrone sino ad una sua villa, o meglio forse casa di campagna, detta Calvisiana per un percorso di 2950 passi, ivi compreso il luogo in cui sorge tale acqua. È facile dedurre che egli doveva avere per l'innanzi comprato dal proprietario del fondo Antoniano Maggiore la sorgente a cui poi dette il suo nome.

Una grave osservazione da fare in proposito è, che i Romani non potevano acquistare delle sorgenti come beni immobili distinti dal terreno in cui si rinvenivano, ma erano costretti a comperarle insieme al fondo intero in cui stavano o ad una parte di esso. E ciò è appunto una conseguenza dei principii giuridici romani.

Abbiamo già visto che i Romani consideravano l'acqua viva come parte costitutiva del fondo, ed è pure noto che essi non ammettevano una proprietà divisa per piani orizzontali e perciò solo il proprietario del suolo poteva esserlo del sottosuolo. L'uno e l'altro di questi principii conducono a considerare l'acqua sorgiva come indissolubilmente legata al fondo in cui nasce, e spiegano interamente la necessità di comprare il fondo quando si voglia avere l'acqua della sorgente.

Abbiamo ragionato sull'acqua *viva* in generale per cui la soluzione data può riguardare, oltre che le sorgenti, anche i

pozzi e le vene d'acqua. A questo proposito non rimane ora a ricordare che la forma con cui la vendita fu contratta cioè la *mancipatio*, forma solenne delle alienazioni per le *res mancipi* nel diritto romano classico.

La l. 30, D. 8, 3 fa il caso di una sorgente compresa in un fondo, che sia stata eccettuatá nella vendita di questo insieme ad uno spazio di 10 piedi all'ingiro e si fa questione se il venditore abbia conservato la proprietà di tale luogo o soltanto una servitù. Il caso viene risoluto a favore della servitù argomentando dalla formula usata nella vendita. Dalla collocazione data al testo tra le leggi riguardanti le servitù sulle acque, credo che si debba ritenere che la questione di proprietà o meno doveva esser fatta non solo per lo spazio circostante alla sorgente, ma anche per la sorgente stessa. — Per tal modo le parole: « utrum dominium loci ad eum pertinent, an ut per eum locum accedere « possit », che si riferiscono direttamente alla superficie eccettuata, mentre da un lato sono una riprova della teoria che l'acqua *viva* era considerata come parte del terreno in cui sorgeva, per cui alienato questo, era di conseguenza necessaria alienata anche quella, che ne faceva parte; dall'altro sono di conferma dell'esattezza dell'interpretazione da noi data della lapide di Viterbo, mostrando che le sorgenti non erano alienabili se non insieme al terreno in cui sorgevano.

Poche parole sul così detto « contratto di presa d'acqua »: Egli è certo, dalle attestazioni delle fonti, che tale contratto poteva aver luogo così per le acque private, che per quelle condotte per uso publico, sebbene con norme e conseguenze affatto diverse [1].

[1] V. per le acque private l. 37, D. 8, 3; per le pubbliche Hyginus, *De condicionibus agrorum* Lach. p. 120. — Frontinus, *De aquaeductibus urbis Romae*, vedi spec. §§ 94 a 111 passim. Il testo di Igino dice: « Illud « vero observandum quod semper auctores divisionem sanxerunt, uti quae« cumque loca sacra, sepulcra, delubra, *aquae publicae atque venales, fontes*, « fossaeque publicae vicinalesque essent, item siqua compascua, quamvis « agri dividerentur, ex omnibus ejusdem condicionis essent cuius ante « fuissent ». Non sembra arrischiato asserire che le *aquae venales* a cui accenna l'autore in contrapposizione alle *publicae*, siano quelle che venivano concesse ai privati dalla pubblica autorità nelle colonie, nello stesso modo che come avveniva in Roma per le acque degli acquedotti. La contrappo-

Per quel che riguarda le acque private è facile argomentare l'esistenza di tale contratto dalla l. 37, D. 8, 3. L'avere il giureconsulto specificato essere gratuita la concessione fatta (*δίδωμι καὶ χαρίζομαι*) è già da solo un forte argomento per sostenere la esistenza del contratto in questione.

Vediamo ora quale fosse il diritto che tale contratto attribuiva ai concessionarî nell'uno e nell'altro caso.

Nei rapporti delle acque private possiamo avere degli indizî dalla l. 37. D. 8, 3. Ivi Paolo esaminando una formula molto lata di concessione gratuita di una determinata quantità (*δάκτυλον*, confronta il « digitus » sedicesima parte del piede come misura di acqua — Frontinus op. cit. § XXIV) d'acqua perenne, opina che tale diritto, essendo simile a quello di un usuario, non debba trasmettersi all'erede del concessionario. La negazione di tale trasmissibilità nel caso latissimo che il giureconsulto aveva preso a considerare, la quale conduce ad argomentare a favore dell'intrasmissibilità generica di questi diritti, ci fa ritenere che non esistesse un vero diritto reale da parte del concessionario sull'acqua della fonte. A questa conclusione si giunge anche considerando che in questo contratto è incerto il fondo a cui l'acqua deve servire, incertezza designata nel testo colle parole *ᾗ ὅπου δ'ἂν βούλει*, e che quindi è impossibile ricondurre tale diritto ad una servitù. Da ultimo è anche da osservare che siccome è impossibile nel diritto romano che sull'acqua viva esista una proprietà distinta da quella del fondo in cui sorge, è anche impossibile concepire che un tale contratto, potesse dar vita ad un condominio sull'acqua d'una sorgente.

Per le acque pubbliche abbiamo numerose attestazioni della frequenza con cui esse venivano concesse ai privati: fra tutte le più importanti sono quelle di Frontino. Non è, per altro facile desumere da questo scrittore quale fosse la natura di queste concessioni. Egli ci attesta che presso gli antichi non si facevano

---

sizione che fa Igino tra acque pubbliche e venali riguarda il fatto della utilizzazione, e non la natura giuridica che probabilmente era per ambedue la stessa, cioè pubblica. Cfr. lo *jus vendendae aquae* per le acque pubbliche in Frontino, l. c. § 95.

concessioni delle acque pubbliche, ma soltanto si permetteva di raccogliere dietro un compenso, che egli classifica come *vectigal*, le acque cascaticcie per utilizzarle a scopi pubblici, e quelle superflue ([1]). A proposito di queste concessioni egli usa le dizioni *dare* e *vendere aquam* ([2]), *concedere* ([3]), *aquam publicam impetrare* ([4]) tutte di significato poco determinato o poco sicuro, trattandosi di un autore non perito del diritto, per cui riesce impossibile poter basare sopra di esse una argomentazione propriamente detta.

Molto importante è la descrizione, per non dir definizione, che egli fa dell'ampiezza e dei limiti del diritto derivante dalla concessione. Questo, a suo dire, non era perpetuo, ma duraturo quanto la vita del concessionario e dato per riguardo ad un dato fondo; per cui si estingueva, tornando ad esser libera l'acqua pubblica concessa, ogni volta che il concessionario per qualsiasi ragione non fosse più proprietario del fondo a cui si riferiva la concessione ([5]). A ciò si aggiunga che l'acqua concessa seguitava ad essere pubblica anche durante la concessione ([6]), onde è certo che neppure per le acque pubbliche concedute, esisteva un vero diritto reale da parte dei concessionarii e perciò era impossibile concepire un possesso dei privati sopra di esse, finchè durava la concessione. — La l. 1, §§ 41, 42 e 43. D. 43, 20 di Ulpiano, parlando di tali concessioni, ammette che vi siano, oltre le con-

([1]) Frontinus, *De aquaeduct.* ib. § 94. Questo autore dedica una serie di paragrafi (94-112) ad esporre tutte le particolarità riguardanti queste concessioni, dal modo di ottenerle alla loro attuazione ed estinzione. Per l'acqua caduca v. §§ 110, 111. I magistrati che avevano autorità di fare tali concessioni erano, secondo Frontino, i censori ed in loro mancanza gli edili; ib § 95, poi il principe § 105, l. 1, § 42, D. 43, 20. Riguardo al divieto di derivare le acque pubbliche da luoghi diversi dai *castella* v. ib. § 106. Cfr. l. 3. C. 11, 42; la legge 1, § 41, D. 43, 20 sembra indicare che tale divieto andasse in disuso, o almeno non fosse generale.

([2]) Ibid § 95.

([3]) Ibid. § 97, v. l. 1, § 42, D. 43, 20.

([4]) Ibid. §§ 103, 107, 110.

([5]) V. ibid. § 107. Nota l'eccezione fatta per i bagni pubblici, per i quali la concessione poteva essere perpetua.

([6]) Ibid. § 106: « ne cui eorum quibus aqua daretur publica ».

cessioni personali, anche delle concessioni fatte a riguardo dei fondi, per cui, pure dopo la morte del proprietario, esse seguitano ad essere in vigore. Quivi, § 39. 40, si ammette anche la possibilità della difesa possessoria, forse solo contro i terzi, per mezzo dell'interdetto « *de aqua quotidiana et aestiva* ».

Da ultimo, dei testi, che si riscontrano specialmente nel Codice, alcuni condurrebbero a sostenere la possibilità di un possesso e di un diritto reale qualsiasi da parte dei privati, sulle acque pubbliche (¹); altri invece non si prestano che ad una interpretazione escludente qualunque idea di possesso o di servitù (²).

Concludendo: non credo che, sia per le acque private col contratto di presa d'acqua, sia con la concessione per le acque pubbliche, potesse in diritto romano aversi un possesso od un diritto reale vero e proprio, sull'acqua viva.

§ 4. Taglio delle vene d'una sorgente. Emungimenti.

Sarebbe puerile pretendere di ritrovare nelle fonti del diritto romano la distinzione e l'analisi di questi due fatti così controversi anche nel diritto attuale, ed il cui studio si è fatto solo dopo che l'idraulica pervenne ad essere una scienza vera e propria.

La legislazione romana si è ripetutamente occupata del primo di essi, al quale si riferisce una serie di testi (³) in cui viene ad

(¹) L. 6, pr. c. 11, 42 parla di « servitus aquarum aquaeductus Hadriani »; l 5, ibid. « jus aquae ».

(²) Cfr. l'*usus* e il *beneficium* della l. 3, c. 11, 42, l'esclusione della prescrizione delle fonti pubbliche, l. 9, c. ibid.

(³) L. 24, § 12, D. 39, 2; l. 1, § 12, D. 39, 3; l. 21, D. eod. [l. 1, § 9, D. 43, 22]; l. 15, pr. D. 8, 1; l. 1, § 28, D. 43, 20. Notevole è il fatto che di questi testi, cinque appartengano ad Ulpiano (ad Edictum) e due a Pomponio. Al taglio delle vene si riferiscono probabilmente anche le ultime parole del Senatuconsulto, riferito da Frontinus, *De aquaed.* § 129 « ex his fontibus..... aquam sumere haurire iis quibuscumque curatores « aquarum permiserunt..... dum neque *puteus* neque foramen novum « fiat..... ». Ciò attesterebbe una speciale tutela per le sorgenti che alimentano i pubblici acquedotti.

essere continuamente ribadita la libertà di tale atto, asserendovisi anche che, per essere questa una delle tante facoltà naturali del proprietario di un fondo, la sua negazione, qualora fossero concorsi gli altri elementi necessarii, poteva costituire eziandio il contenuto di una servitù [1]. Tutto ciò è conforme a quanto abbiamo esposto per lo innanzi. Infatti, considerandosi l'acqua *viva* come parte del fondo in cui si trova, è naturale che le vene le quali ne sono una delle manifestazioni più caratteristiche, siano anch'esse considerate nello stesso modo. E ciò tanto più che esse si trovano col terreno in un'unione tale da formare un unico insieme, così che da questo riuscirebbe impossibile distinguerle. È quindi anche naturale che esse vengano considerate nello stesso modo del sottosuolo, e che la loro utilizzazione sia identificata alle altre forme di utilizzazione del sottosuolo [2].

Dietro tali concezioni, i romani non stimavano possibile che si potesse riconoscere in colui che nel suo fondo utilizzava le vene d'acqua che vi giungevano dai fondi limitrofi, un diritto qualsiasi su tutta l'acqua sotterranea, anche quando scorresse sotto il terreno altrui, così che i proprietarii confinanti non potessero alla lor volta utilizzarla privandone il loro vicino. Non ammettono mai, pertanto, che questi potesse difendersi colla procedura possessoria, (cioè tanto con gli interdetti, che con la *cautio danni infecti*) contro l'atto di colui che recida nel suo fondo le vene d'acqua che alimentano la sorgente del vicino [3]. *Nam hoc ius*

[1] L. 15 pr. D. 8, 1; l. 1, § 28, D. 43, 20. Sulla questione se tale servitù debba dirsi rustica od urbana. Cfr. Arndts-Serafini, *Pandette*, § 186 nota 3. Bologna, Fava e Garagnani, 1874. È ivi ritenuta come servitù che può esser così rustica come urbana. V. pure Cujac. VII, 636, ad L XV in tit. 1, *de Serv.* l. VIII. D.

[2] L. 26, D. 39, 2 « in suo faceret », cfr. Ferrini, *Manuale delle Pandette*, n. 219. — Perozzi, *Il divieto degli atti d'emulazione* etc. (Arch. giur. 53. p. 368). Nota però che siccome noi riferiamo questa legge agli emungimenti, le parole « in suo faceret » dovrebbero servire per una argomentazione « a majori ».

[3] Così non è ammesso l'interdetto « de aqua et aq. p. arc. », l. 1. § 12, D. 39, 3, e neppure quello « quod vi », l. 21, D. eod. Per l'impossibilità della « cautio d. inf. », v. l. 24, § 12, D. 39, 2; l. 26, D. eod.

È ben vero che per intendere le parole del testo in tal modo è necessario « impropriare » alquanto il significato letterale, considerando le parole « *sed suum agrum* etc. » come dipendenti solo grammaticalmente, non logicamente da « *animo* », ma, oltrechè da tal significato si discosta meno l'interpretazione nostra di quella del Perozzi; essa ha per di più il vantaggio di non ammettere mai una presunzione di dolo, la quale ci sembrerebbe alquanto grave in un sistema legislativo, specialmente quando essa vada contro le facoltà, che ordinariamente competono al proprietario.

Non vediamo neppure dove sarebbe, in questa maniera di interpretare il testo, la contraddizione che vuol trovarvi il nostro autore [1]. Dire che non si potrà mai eccepire il dolo quando vi sia l'utilità e che quando questa non si verifichi spetterà all'attore il provarlo e che non dovrà mai esser presunto (a questo si riduce, in fondo, la nostra interpretazione), ci sembra molto più giuridico e più morale di quello che dire al proprietario: « *Nel caso che (l'atto) ti sia inutile, non puoi farlo che per far male altrui* » come fa dire il Perozzi [2]. Un ultimo argomento. Dei quattro luoghi in cui nel Digesto si parla del taglio delle vene come lecito, in uno solo è posta la limitazione in esame, che è appunto il caso in questione. Ora, se si crede che questa sia di indole assolutamente obbiettiva, secondochè ritiene il Perozzi, essa fa parte integrante della norma; ed allora come accade che, nel riferirla, Giustiniano il maggior numero delle volte riporta tale norma incompleta? Il fatto sarebbe abbastanza strano perchè potesse esser credibile. Al contrario, se si ponga la limitazione come subbiettiva, nulla di più ovvio che non riferirla mai come regola, e solo accennare ad essa in via di eccezione [3].

(1) Ibid. p. 366 principio.

(2) Ibid. p. 366 fine.

(3) Cfr. Ferrini, l. c. p. 471, n. 3. Ciò concorda pure con quello che sosteneva lo Scialoja nel suo corso di lezioni 1900-01 a tale proposito, non esser cioè necessaria una presunzione di dolo *ex lege* per intentare l'*actio doli*, ma esser sufficiente che esista l'elemento capace di costituirlo, ed esser ciò facile nel caso mediante una *denunciatio* del danno al vicino che, continuando nell'opera inutile, è posto in dolo.

Ridotta a questi termini la norma in questione non ci sembra che essa, ristretta nella sua efficacia all'atto singolo del singolo individuo, possa aver posto fra le regole generali della proprietà. In altri termini, siccome tali disposizioni riguardanti gli atti *ad aemulationem* hanno un contenuto eminentemente subbiettivo simile all'*honeste vivere* come *iuris praeceptum* di cui parla Ulpiano (¹), non crediamo che possano collocarsi fra le limitazioni legali della proprietà.

Per rapporto alle acque pubbliche nell'epoca classica, Frontino nei suoi commentarii sugli aquedotti di Roma riferisce un plebiscito (²) che termina con queste parole: « Ex is fonti- « bus... aquam sumere haurire iis quibuscumque curatores aqua- « rum permiserunt praeterquam rota calice machina liceat dum « *neque puteus* neque foramen novum fiat..... ». Non è ben chiaro a che genere di pozzi o di scavi in generale ciò possa riferirsi, a meno che non si parli di pozzi fatti presso le sorgenti per reciderne le vene. In tal caso la disposizione confermerebbe anche per le acque pubbliche la regola data per le acque private, giacchè unica sanzione contro tale fatto sarebbe l'impossibilità di conseguire il permesso di attingere acqua. Potrebbero però le parole riferite alludere anche verisimilmente alle aperture fatte nelle opere di presa e sull'acquedotto per attingere acqua.

Rimane ora ad esaminare il secondo fatto, cioè l'emungimento. Di esso certamente, nelle leggi romane non si fa così esplicita menzione come dell'altro che abbiamo or ora studiato; anzi, a prima vista, riesce difficile ritrovarne pur un accenno, Solo due casi sembra che possano riferirvisi; il primo nella l. 11, pr. D. *De aq. et aq. pl. arc.* 39, 3, il secondo nella l. 26. D. *De damno infecto*, 39, 2. Nella prima di queste leggi si indica la fattispecie tipica dell'emungimento con uno dei casi più caratteristici che possono verificarsi: si suppone quivi che uno voglia attraversare al disotto, in forza di una servitù, un rivo esistente in un fondo altrui, e si dice che tale passaggio dovrà essere

(¹) L. 10, § 1. D. 1. 1.
(²) Frontinus, *De aquaeduct.* § 129.

fatto per mezzo di un *cuniculum* e non di uno *specus*, affinchè l'acqua del rivo non abbia ad essere *corrupta* a causa delle infiltrazioni che avverrebbero a traverso il fondo del rivo stesso. A chiarimento di questo punto occorre notare che i Romani denotavano col nome di *specus* i sottopassaggi orizzontali o quasi, e con quello di *cuniculum* i passaggi profondi che noi chiamiamo *a sifone* [1].

È naturale quindi che nel primo caso le infiltrazioni siano molto più facili che nel secondo, per il minore spazio che si interpone fra i due canali. Ci sembra pertanto che il caso esaminato debba dirsi il prototipo di un emungimento vero e proprio.

Riguardo alla l. 26, D. 39, 2, si è facilmente impacciati nel dare l'interpretazione. Il mezzo infatti a cui allude *cuniculo vel fossa* può riferirsi così al taglio delle vene come agli emungimenti, ed anche l'indicazione del fatto, « *aquam avocare, abducere* » è ambigua, sebbene entrambi possano meglio adattarsi agli emungimenti. Il Cuiacio [2] ritiene che il testo si riferisca al taglio delle vene ed in questo senso lo intendono pure il Ferrini [3] ed il Perozzi [4].

Intorno a questa legge osservo in primo luogo che essa, come la l. 24, § 12, D. 39, 2, che parla esplicitamente del taglio delle vene, appartiene al lib. 81 *ad Edictum* di Ulpiano, e sembrerebbe strano che a poca distanza usasse parole tanto diverse per esprimere lo stesso fatto. In secondo luogo sarebbe anche strano che il giureconsulto avesse quivi ripetuto tutte le norme che si contengono nell'altra legge suaccennata, quali p. es. i caratteri del danno, le conseguenze e la legittimità del *facere in suo*, i limiti di possibilità di una *cautio damni infecti*. Stranissimo infine apparirebbe che i compilatori giustinianei avessero così dappresso commessa una tale ripetizione, tanto più che se tale realmente fosse, avrebbe potuto ben facilmente evitarsi sop-

(1) Cfr. Romagnosi, *Condotta delle acque*, §§ 561 e 562.
(2) *Opera*, VII, 636.
(3) Op. cit. p. 271.
(4) Loc. cit. p. 352 fine.

primendo tutto il § 12 alla l. 24 che è appunto l'ultimo di quel lungo brano di Ulpiano.

Per queste ragioni di carattere assolutamente estrinseco, giacchè di intrinseche di qualche valore non ne vedo alcuna nè in favore nè contro, mi sembra di poter dire che la legge in questione parli di emungimenti e non di taglio di vene.

Nè la legittimità degli emungimenti, che quivi si riconoscerebbe, deve credersi in contraddizione coi principii romani, per le ragioni che Ulpiano stesso adduce, cioè la liceità di fare nel proprio fondo tutto ciò a cui si ha diritto ed il non potersi considerare danno il sottrarre al vicino quella specie di vantaggio di cui fino allora aveva goduto. Infatti si può considerare come un vantaggio che nel fondo inferiore non vi fossero dei solchi naturali molto profondi, p. es. dei fossi od alvei torrentizii, dai quali fossero emanate le acque delle sorgenti superiori.

Se poi si osservi che il proprietario superiore poteva facilmente tutelarsi da tale sottrazione o approfondendo le sue sorgenti od i suoi canali, o ponendovi degli opportuni rivestimenti e ripari, ci si persuade senza difficoltà della possibilità che una simile norma trovasse posto nella giurisprudenza romana.

§ 5. Diversioni delle sorgenti.

Poche parole sopra quest'ultimo punto del diritto romano. Abbiamo visto che l'*aqua viva* apparteneva, come parte del fondo, al proprietario di questo, che l'*aqua profluens* come tale è incapace di essere posseduta. E qui si badi bene di non confondere l'*aqua profluens* con il *rivus* od il *flumen*, sopra i quali è possibile l'esistenza di un dominio propriamente detto, sia del pubblico, sia dei privati. Ora, l'unico argomento che potrebbe addursi a favore della non deviabilità di date sorgenti, sarebbe un diritto che venisse quesito da coloro che, inferiormente alla sorgente, si servono di quest'acqua. Ma assolutamente necessario, per ottenere ciò, sarebbe che l'utente inferiore esercitasse un vero e proprio possesso sulla sorgente, cioè sull'acqua viva che ivi si manifesta. Prescindiamo ora da qualsiasi specie di mani-

festazione di attività fatta dal proprietario inferiore sulla sorgente e prendiamo il caso generale in cui queste non abbiano avuto luogo. Ridotta la questione a tali termini, ognuno vede come sia impossibile parlare di diritti quesiti dal proprietario inferiore a fine di impedire la deviazione dell'acqua. L'impossibilità dell'esercizio di un qualsiasi possesso sulla sorgente, (giacchè non potrà certamente dirsi che è possibile possedere per mezzo dell'*aqua profluens*) comprenderà in sè anche quella che venga a stabilirsi, in forza di questo, un diritto sulla sorgente. E tale è appunto la dottrina romana, in quanto riconosce nel proprietario la facoltà di impedire all'acqua di discendere ai fondi inferiori (1). Infatti, se così non fosse, non sarebbe stato mai in potere dell'imperatore di riconoscere una tale facoltà come competente al proprietario, giacchè, stante il decorso di tutto il tempo antecedente nel quale le acque erano defluite sul fondo inferiore, nella maggior parte dei casi, per non dire in tutti, tale diritto sarebbe rimasto prescritto.

Nè sembra che si ammettesse nella legislazione romana alcuna eccezione a tale principio, neppure per i fiumi, giacchè, oltre al non farsi mai il caso specifico, nessuno dei due interdetti che tutelavano le acque dei fiumi, era applicabile al caso. Non quello « *ne quid in flumine publico fiat quo aliter aqua* « *fluat atqui priori aestate fluxit* » perchè esso « non ad quanti- « tatem aquae fluentis pertinet sed ad modum et ad rigorem cursus « aquae referendum est » (2). E nemmeno l'altro più generico « *de fluminibus* », che riguardava ciò che si faceva propriamente nel fiume già formato, e non poteva quindi invocarsi per le sorgenti (3).

La proibizione contenuta nella l. 2, D. 43, 12, di deviare l'acqua dei fiumi anche non navigabili, non può addursi affatto al caso, giacchè ivi si parla sempre di fiumi pubblici. Del resto dovevano valere anche in questo caso almeno in gran parte gli argomenti addotti per le acque di ragione privata.

(1) L. 10, C. 3, 34.

(2) Ulp. l. unic. § 3, D. 43, 13.

(3) Ulp. l. 1, § 11, D. 43, 12: « In flumine publico factum accipere « debemus, quidquid in aqua fiat; nam si quid extra factum sit non est in « flumine factum et quod in ripa fiat non videtur in flumine factum ».

Un fatto tuttavia che, sebbene indirettamente, viene ad offendere questi principii è quello riferito da Frontino e da Aggeno Urbico ([1]). Entrambi infatti ci attestano che in alcune provincie, come ad esempio in Africa, stante l'aridità del suolo, era riputata un'offesa il non lasciar scorrere l'acqua dal fondo superiore nell'inferiore. Notisi però che le parole usate dai testi per indicare la natura ed il contenuto di questo fatto sono *querella* e *iniuria*. Ora entrambi si riferiscono appunto ad un fatto soggettivo, non ad una limitazione obbiettiva della proprietà. È ben facile ammettere che come conseguenza di questa concezione il mezzo ordinario per impedire la diversione delle acque fosse l'*actio iniuriarum*. Il fatto allora si ricollegherebbe con mirabile unità di concetto agli altri già da noi esaminati a proposito del taglio delle vene, col quale la diversione delle sorgenti ha una grandissima analogia. Crediamo pertanto, che con gran probabilità in questo caso si dovessero riscontrare gli stessi limiti all'esercizio di tale pretesa e dovessero adottarsi le stesse norme a fine di farla valere in giudizio. Si deve ad ogni modo tener presente che questa particolarità che riscontriamo nel diritto classico, viene riferita come norma singolare di alcune provincie che si trovavano in specialissime condizioni di aridità e che quindi il contrario doveva essere vigente nel resto del dominio romano.

([1]) Frontinus, *De controversiis agror.* lib. II (Lach. p. 36, riga 16): « Multa enim et varia incidunt quae ad ius ordinarium pertinent, per pro- « vinciarum diversitatem. Nam cum in Italia ad aquam pluviam arcendam « controversia non minima concitetur, diverse in Africa ex eadem re tractatur. « Quom sit enim regio aridissima, nihil magis in quaerella habent quam « siquis inhibuerit aquam pluviam in suum influere: nam et aggeres faciunt « et excipiunt et continent eam ut ibi potius consumatur quam effluat ». Cfr. simile id. lib. II (Lach. p. 58 fine e 59 pr.), Aggenus Urbicus, *De controversiis agrorum* (Lach. p. 88, riga 18 e seg.).

PARTE TERZA

DIRITTO COMUNE

Alla trattazione del diritto comune propriamente detto, del quale abbiamo esposto la grande importanza anche nei rapporti di diritto che possono verificarsi al presente, crediamo opportuno far precedere qualche breve osservazione sopra alcuni punti più importanti della glossa e del diritto feudale nei quali il diritto comune si allontana da questi nelle disposizioni sulle sorgenti.

§ 1. Glossa.

Rispetto alla glossa è notevole la confusione che in essa si ritrova nel classificare le acque. Non avendo criterii esatti di distinzione, si è trovata costretta a forzare anche qui, come troppo spesso le accadeva, la lettera della legge, per poterla ricondurre alle partizioni che con poco rigore e con una certa misura di arbitrio era giunta a formulare. Così nelle annotazioni alle Istituzioni, l. II, t. I, pr. e § 1, dopo dati i criterii di distinzione delle

cose pubbliche (¹) e comuni (²), essa crede che l'acqua *profluens*, di cui ivi si parla fra le *res communes*, sia la pioggia (³).

Ciò è certamente accaduto perchè dai glossatori non si faceva distinzione fra acqua corrente come corpo che sfugge all'appropriazione del singolo nelle sue parti, finchè non perda la qualità di corrente, od acqua corrente come massa perenne posta nel dominio del privato. Invece avvertendo essi che l'acqua corrente, se appropriata nelle sue parti, perde l'attributo di *communis*; e d'altra parte vedendo posti i fiumi perenni tra le cose pubbliche (e per conseguenza tra le private gli altri corsi d'acqua, *glossa ad* § 2. *Inst.* II, 1), non seppero intendere come l'acqua *profluens* potesse essere *res communis*. Di qui la necessità di intendere « *profluens* » come diverso da « *corrente* ». A tale proposito giova notare come, mentre la glossa d'Accursio considera le *res communes* come esenti dal diritto di proprietà ed il cui uso è comune a tutti (⁴), la glossa di Colonia (sec. XI a XII

(¹) *Publica:* « Quasi populica scilicet omnium populorum..... Alias « dicitur publicum quod est huius populi vel illius tantum . . . ».

(²) *Communia:* « Non tamen agitur communi dividundo secundum « Placentinum, nisi postquam facta fuerint occupantium. Et quod dixi « omnium scilicet usu, non proprietate, ut supra dixi ».

(³) *Profluens:* « Id est de coelo cadens » (gloss. h. v. ad § 2, *Inst.* l. II, t. I).

(⁴) *Omnium*: « Scilicet usu non proprietate ut dicitur in eod. § et quidem » (gloss. ad § 1, *Inst.* l. II, t. I, h. v.) (v. nota precedente), cfr. con il *casus* di Francesco d'Arezzo in cui le *res communes* sono dette « communia omnium animantium ». È molto difficile spiegare su che cosa la glossa fondasse la distinzione fra le cose comuni e pubbliche. Dalla glossa surriferita parrebbe che le comuni fossero quelle sulle quali non è possibile proprietà sia individuale sia di un qualsiasi organismo sociale. E ciò potrebbe esser corroborato dalla glo. *ad. v. utile l. 2,* § *adversus, D. Ne quid in loco publico, 43. 8,* la quale pone queste due specie quasi in antitesi: *Nulla enim communia sunt publica vel e contra.* Nella glos. *ad v. publicum Inst.* l. II, t. I, § 4, vengono riferite le diverse opinioni della scuola. Piacentino diceva che tutte le cose comuni sono pubbliche e viceversa, e la distinzione riguardava i diversi usi su di esse possibili: Se si trattava di usi comuni a tutti gli animali la cosa si diceva comune, se era un uso speciale degli uomini si diceva pubblica. Giovanni confonde le *res communes* con le *nullius*. Accursio invece dice che l'aggettivo « pubblico » riguarda la proprietà, e « commune » riguarda l'uso. Poi in un'*additio* dice che l'opinione di Giovanni può essere intesa nel senso che le cose comuni siano quelle che sono

Haenel) le considera invece come soggette ai rapporti di proprietà (1).

***

Il *casus* della glossa alla l. 4, C. *De serv. et aqua* 3, 34 (2), la mancanza di un commento qualsiasi alle parole « *portio agri videtur aqua viva* » della l. 11 pr. D. 43, 24, la glossa ad v. *pertinet* (3), alla legge succitata del codice e da ultimo la mancanza di qualsiasi limitazione alla proprietà delle sorgenti, anche rispetto a quelle che contribuivano in qualunque modo alla formazione di corsi d'acqua, lasciano credere che al tempo di cui discorriamo, le sorgenti fossero sempre in proprietà di coloro che più facilmente potevano esercitare sopra di esse dominio, di coloro, cioè, dai cui fondi traevano origine.

Riguardo alla prescrizione della servitù d'acquedotto si richiedeva, acciò potesse aver luogo, che l'uso suo fosse fatto *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*, ed è opportuno notare come il *nec clam* fosse inteso dalla glossa nel senso che occorressero delle opere (4). Che poi tali opere dovessero essere sul fondo superiore, quantunque non sia esplicitamente detto, pure sembra molto probabile perchè altrimenti non si saprebbe intendere la parola della glossa *pulsatur* (5).

---

rimaste nello stato di primitiva comunione e sotto il solo dominio di Dio, le publiche quelle che come più apprendibili pel diritto delle genti furono applicate al dominio di questo o di quel popolo. È notevole come già si risentano qui alcuni dei principii della scuola del diritto naturale.

(1) Glossa di Colonia, cod. 328, arch. Col. glossa n. 30, II, 1, pr. « rerum alie (*sic*) sunt nullius, alie alicuius, alicuius alie sunt communes, « ut aer et aqua profluens... » (*Arch. giur.* 1885, dott. Max Conrat).

(2) *Casus:* « An vicinus aquam quae in fundo vicini oritur eo invito « ad irrigandos agros suos ducere possit..... ».

(3) *Pertinet*: « Jure proprietatis, idest sine voluntate domini soli in « quo nascitur ».

(4) Gloss. ad. v. habere, l. 1, § Denique Marcellus. D. De aq. pl. arc.: « *Habere*: Scilicet vicinus actionem contra istum qui in suo suffodit non « animo nocendi etc. quia tunc tenetur de dolo: et nota ex hoc § in suo « licere facere quod vult. Idem quod alii noceat et sibi non prosit non « licet et ad hoc concordat etc. ».

(5) Glossa ad l. 1. fin. Cod. *De serv. et aq.* 3. 34: — « *Nec clam* — Et dicitur ille qui pulsatur opere et facto ».

Notiamo qui come a questo tempo non si ritrovi ancora traccia delle servitù per destinazione del padre di famiglia, nè di alcuna di quelle limitazioni odierne alla proprietà delle sorgenti in favore di centri abitati.

Rapporto agli atti *ad aemulationem* la glossa, sebbene non ne abbia ancora formulata una teoria completa, ha però gia precisato i termini nei quali è esperibile un'azione di dolo, e cioè quando l'atto è compiuto con la volontà di danneggiare, o quando il proprietario compie un atto che non giova a lui e danneggia il vicino. Tali norme sono, per altro, considerate come eccezioni alla regola generale che il proprietario può fare ciò che vuole nel suo fondo. Nella glossa ad. v. *habere*, l. 1, § Denique Marcellus. D. *De aq. pl. arc.* la scuola, dopo enunciati i principii suesposti, raccolse una serie di testi, dai quali queste regole furono desunte.

Riconobbesi pertanto, che ordinariamente vige la presunzione che l'atto sia compiuto senza l'intenzione di nuocere, e si ammise la ricerca dell'intenzione con la quale l'atto fu compiuto, a fine di poter intentare, ove d'uopo, l'azione di dolo (1), od anche secondo il parere di Pyllio (Gloss. ad l. Proculus D. 39, 2) una *actio in factum*.

§ 2. Diritto feudale.

Ben poco si conosce intorno alle sorgenti sotto il regime feudale. Esse non erano comprese nella costituzione di Federico Barbarossa sulle regalie, mentre vi si enumeravano i fiumi navigabili e quelli per cui altri divengono navigabili (2). Sembra

(1) Gloss. ad l. 1, § 12, D. *De aq. pl. arc.* 39, 3: « Non teneri me. « Nisi animo nocendi feci tunc enim de dolo ut infra t. I, l. 1, § Denique, « quia semper praesumitur scilicet quod non faciam animo nocendi ut « argu. s. pro socio l. merito ». Cfr. col « *casus* » della l. 24, § ult. D. « De damno infecto » 39, 2: *Casus*: « Faciebam puteum in fundo meo et venas « fontis tui praecidi: quaeritur an tenear? Et dicitur quod si hoc faciebam « causa meliorandi fundum meum, non alio nocendi, non teneor ».

(2) *Const.*: « Quae sint regalia ». *Libri feud.* L. II, t. 56.

però che variassero molto le consuetudini secondo i varii Stati. Così mentre è certo che nel Portogallo erano compresi nelle regalie solo i fiumi navigabili e quelli che rendono navigabili gli altri ([1]), applicando senz'altro le disposizioni dei « libri feudorum », sembra invece che nel regno di Napoli si seguisse una regola diversa.

Ivi già fin dal tempo di Ruggero le disposizioni riguardanti le regalie erano molto rigorose, vietandosi che queste ultime potessero esser diminuite o sottratte o danneggiate in qualunque modo ([2]). Più tardi in più di uno dei commentatori del diritto napoletano quali l'Afflitto ([3]) e il De Franchis ([4]) si trova detto che *in Regno omnia flumina sint regis et consequenter baronum ab ipso rege causam habentium.* Questa frase fu presa nel senso più ovvio anche da scrittori contemporanei, che ritennero che nel regno di Napoli tutti i corsi d'acqua anche non navigabili e non perenni fossero in proprietà del re ([5]). Crediamo per altro che in ciò fosse errore e che tale frase si riferisse solo ai fiumi

([1]) Dominicus Antunez Portugal: « Tractatus de donationibus iurium « et bonorum regiae coronae. Lugduni Sumpt. Annisson et Posuel » 1699, tom. II, c. IV, n. 6. « ... navigabilia sunt quae per se sunt navigabilia « vel ea quae defluunt in aliud flumen navigabile... Et haec ad regalia « pertinent *quoad dominium et proprietatem*, et probat Ordinat, l. 2, tit. 26, § 8, ibi « E os rios navegaveis, se saon caudais que coraon em todo o « tempo ».

([2]) *Utriusque Siciliae Constitutiones Capitula Ritus et Pragmaticae* etc. De Bottis, Venetiis, 1590, lib. III, t. I: « Scire volumus Principes « nostros, Comites, Barones, Archiepiscopos, universos Episcopos et abbates « quod quicumque de regalibus nostris magnum vel parvum tenet, nullo « modo, nullo ingenio possit ad nostra regalia pertinens alienare, donare « vel vendere, in totum vel in partem minuere, unde jura nostra regalia « minuantur aut subtrahantur aut damnum aliquod patiantur ».

([3]) Matth. De Afflictis, *Decisiones S. Consilii Neapolitani.* Lugduni, ap. haer. Juntae, 1552, dec. 388, n. 13, p. 758.

([4]) Vincentius De Franchis, *Decisiones S. Regii Consilii Neapolitani.* Venetiis, Albriti, 1674, dec. 183, n. 4: « ... quia in regno omnia flumina sunt Regis et consequenter Baronum ab ipso rege causam habentium ».

([5]) D. Antunez Portugal, loc. cit. n. 12: « Quidquid in regno Neapo- « litano contrarium dicat servari Vincentius De Franchis, dec. 183: Ex eo « quod in illo Regno omnia flumina quoad proprietatem sunt Regis etc. ».

pubblici. Naturalmente, sorge qui la questione se i fiumi fossero compresi tra i beni patrimoniali, o, come allora si diceva, tra i fiscali [1], o demaniali.

L'Afflitto [2] pone i fiumi tra le cose pubbliche, vale a dire fra le demaniali, e come conseguenza principale di siffatto carattere pone appunto l'inalienabilità a cui tali cose si trovano sottoposte [3].

Un'ultima questione da esaminare è sull'estensione della formula delle investiture dei feudi: « Cum fluminibus, aquis et « aquarum decursibus ».

Se si dovesse argomentare rigorosamente da essa e dalla frase usata dall'Afflitto e dal de Franchis per i fiumi publici, potrebbe credersi che, almeno in alcuni luoghi, come p. e. il Napoletano, tutte le acque fossero egualmente comprese nell'investitura.

Non pare, per altro, che la dottrina del tempo accettasse questi principii e, parlandosi delle acque che sono in proprietà del re, si dice che gli appartengono solo i fiumi navigabili e quelli che rendono navigabili gli altri [4].

Altrove poi, e specialmente nello Stato pontificio, i giuristi dicono espressamente che quella formula si riferisce alle acque

[1] Nella dottrina napoletana venivano compresi sotto il nome di regalie tanto i beni patrimoniali che i beni demaniali o fiscali. Cfr. Comm. d'Andrea d'Isernia al c. *Scire volumus* surriferito nella raccolta del De Bottis, loc. cit.: « Nam (regalia) est nomen comune fiscalia et patrimo« nialia comprehendens, quae omnia regis dicuntur et sunt ». Il Tapia (*Jus regni Neapolitani.* Neapoli, Longhi, 1643, lib. VI, tit. IX, vol. VI, p. 83: *De Demanio ab universitatibus petendo. Regentis C. Tapiae annotationes*), parlando dei demanii dice che sono « in dominio Principis, sed non omne « quod est in dominio Principis est demanium » e parlando della loro origine li dice quasi essenziali alla dignità regia: « Princeps enim habet quae« dam bona quae in ipsa fundatione regni cum sceptro regali ad ipsum « pervenerunt vel unita postea sunt ». Le cose demaniali sono pubbliche. Cfr. Comm. d'Andrea d'Isernia ad lib. III, tit. VIII (p. 224, col. I, n. 50) della raccolta del De Bottis.

[2] Matth. de Afflictis, *Super III Feud. libri comentaria.* Francofurti, Weckeli haeredes, 1598. — *Super l. III, Quae sint regalia* n. I.

[3] C. Tapia, *Jus regni Neap.* lib. VI, tit. I, ad c. Dignum. — Reg. C. Tapiae, *Annotat.* n. 5 fine.

[4] Cfr. Matth. De Afflictis, loc. cit., n. 4.

perenni e pubbliche, cioè ai fiumi navigabili e a quelli che rendono navigabili altri (1).

§ 3. « Res publicae » e « res communes » nel Diritto Comune.

Abbiamo già visto su che fondassero i glossatori la distinzione fra le cose pubbliche e le communi, e come, al contrario della Glossa di Colonia, Accursio ritenesse che le *res communes* non fossero proprietà di alcuno.

L'Alciato invece (2), dopo aver detto che le cose pubbliche propriamente dette sono quelle appartenenti al popolo Romano, e che per analogia sono pure chiamate pubbliche quelle appartenenti ad un altro popolo qualsiasi, avverte che, mentre le cose communi sono concesse a tutti per usarne, non così le pubbliche. « Sane et quae jure naturali communia sunt, eorum usus jure « gentium est publicus et occupanti conceditur, quod non est in « his quae jure civili publica sunt ».

Con Cuiacio la distinzione fra le *res publicae* e le *communes* si determina più esattamente. Egli (3) dà le cose pubbliche come di proprietà del popolo, e colloca le communi fra le *res nullius*. E rispetto alle acque, distingue fra il fiume e l'acqua corrente, e pone il primo fra le cose pubbliche, la seconda fra le communi. Seguace del Cuiacio in tale distinzione è l'Afflitto (4) che delle cose pubbliche, attribuisce al re la proprietà

(1) Laelii Altogradi, *Consiliorum*. Venetiis, ap. Balleonium, 1700, lib. II, *Cons. IV, Pro serenissimo Duce Francisco Estense, cum R.ma Camera Ap.lica*, n. 73 — Sabelli, *Summa diversorum tractatuum*. Venetiis, 1697. v. *Aqua*, n. 4; ibid. v. *Flumen*, n. 3 con le autorità ivi citate.

(2) A. Alciati, *Operum*. Basileae, 1582, tom. 2. *Comment. in tit. de verb. signif.* Lex XVII.

(3) Jac. Cuiacii, *Opera omnia*. Prati, 1841, vol. 2, col. 756. *Notae et scolia in Lib. II, Instit. Justin. Adnotationes*, n. 7.

(4) Loc. cit., n. I, *Flumina*: « Hic est quarta particula: Ex qua nota « quod omnia flumina navigabilia et alia, ex quibus navigabilia fiunt, sunt « regia quantum ad proprietatem ». Abbiamo già visto come Andrea da Isernia identificasse le cose fiscali e le pubbliche.

e l'uso a tutti i cittadini. All'incontro Donello (1) sostiene che le *res publicae* siano *nullius*, seguìto in ciò da Vinnio (2) che classifica tanto le cose pubbliche, come le communi fra le *res nullius*.

Invece la S. Rota romana (3), evitando la questione della proprietà, si contenta di affermare che il sovrano ha la giurisdizione sulle cose pubbliche.

Molto notevole a questo proposito ci sembra il criterio distintivo che della *res publicae* dà il Reiffenstuel (4) dicendo che sono quelle « ad usum publicum deputatae ». Come conseguenza di ciò egli riconosce l'esenzione delle cose pubbliche, come ad esempio i fiumi e le vie pubbliche, da tutti i rapporti della proprietà dei privati, dicendo impossibile il possesso del singolo sopra di esse, e perciò le considera del tutto imprescrittibili, anche se ne sia cessato l'uso pubblico.

Il Cepolla (5), seguendo gli autori del suo tempo e specialmente Bartolo, afferma a sua volta che il fiume pubblico e navigabile appartiene alle regalie, come già abbiamo visto parlando del diritto feudale, ma che però per la pace di Costanza e per consuetudine, le città della Lombardia le acquistarono insieme al mero impero.

Venendo ora alla pratica, osserviamo che in alcuni casi, ad esempio per il Tevere (6), minuziosi e provvidi regolamenti locali invigilavano al buon uso e alla difesa di fiumi pubblici, proi-

(1) H. Donellus, *Opera omnia*. Lucae, 1762, vol. I, 663, n. 8.

(2) A. Vinnii, *Partitionum juris*. Ed. 10, Florentiae, Celli, 1837, c. XVI, *De rebus publicis*.

(3) S. Rotae Romanae, *Dec. Recentiores*, Pars XIX, tom. II, d. 432, n. 9.

(4) Reiffenstuel, *Jus canonicum universum*. Venetiis, 1753. Apud Bortoli, tom. IV, *De regulis juris*. C. II, Reg. III, n. 12: « Sic pariter « quia jus resistit et impedit ne quis acquirat possessionem rei ad usum « publicum deputatae, puta fluminum, pontium viarum, praescribi non pos- « sunt, etsi populus eis uti desierit agr. l. viam. D. de via publica ». Cfr. Afflitto, loc. cit., n. 4.

(5) Barth. Cipollae, *Opera omnia*. Lugduni, 1577. Tract. *De serv. rustic. praed.* c. XXXI *de fluminibus*; c. XXXII *de flumine privato* et c. IV *de aquaed.* n. 29.

(6) *Tiberiadis* D. Bartoli a Saxoferrato, *Tractatus. de fluminibus*. Bononiae, Roscium, 1576, Pars I, n. 16 fin. e 17 (p. 11).

bendosi, fra le altre, quelle opere che impedissero alle acque che si trovano nel piano del Tevere di defluirvi.

Molti poi dei corsi d'acqua, e quasi sempre per la particolare condizione dell'idrografia locale, erano nel diritto comune sottoposti a speciali regimi. I due esempi più notevoli per noi sono quelli dell'Olona in Lombardia, dell'acqua Mariana e di quella detta della Moletta in Roma.

Per il primo, che è l'unico fiume, sebbene non reale, che si trovi nella zona compresa fra l'Adda e il Ticino, esisteva negli statuti milanesi del Sec. XVI un intero libro, il 5°, dedicato al regolamento della difesa e all'aumento delle concessioni della sua acqua, per la quale erano creati persino degli speciali magistrati fra cui un giudice, un commissario ed un consiglio di sei proprietarii di prati in Val d'Olona [1].

Riguardo all'acqua Mariana e a quella della Moletta si trovano stabilite negli statuti di Roma del sec. XVII norme molto rigorose per la loro tutela. Così ad esempio era considerato come delitto di ragione pubblica il derivare dal loro corso ordinario queste acque ed altre simili che avessero un corso determinato e costante [2].

Erano inoltre stabilite penalità per coloro che avessero danneggiato l'alveo ed il corso dell'acqua Mariana, i rivieraschi avevano dovere di mantenerlo; ed il Senato ed i Conservatori erano in obbligo di verificarne ogni mese lo stato [3].

Di tali disposizioni la più importante è certamente quella che riguarda il divieto di deviare le acque che hanno un corso

[1] *Constitutiones Dominii Mediolanensis*, Novariae, apud Sesallum, 1567, lib. V (p. 150); *De officio judicis et commissarii fluminis Olonae et pertinentibus ad ejus officium.*

[2] Joan. Bapt. Fenzonius, *Annotationes in Statuta Romanae urbis.* Romae, Phaei, 1636, lib. III, c. 82. *De aqua Circi et aliis aquis non derivandis*: « Nemo audeat, aquam quae venit in urbem ad circum et illius « aliosque hortos et molas, vel quascumque alias aquas, quae certum cur- « sum habuerunt, ab antiquo cursu in toto vel in parte derivare. Qui con- « trafecerit, solvat pro poena aureos quinquaginta, et nihilominus aquam « ad suum cursum restituere teneatur; et de hoc quilibet accusare et de- « nunciare possit ».

[3] Ib. c. 83, *De Aquae Marianae alveo purgando.*

determinato e costante: infatti, essendo essa concepita in termini generici, sembra che si potesse applicare a tutti i minori corsi d'acqua. Con ciò essi verrebbero ad assumere un carattere speciale ben distinto così da quello dei fiumi pubblici come da quello dei corsi d'acqua privati: la qual cosa è molto notevole nella storia del diritto, giacchè disposizioni di questo genere si trovano in vigore ancora nel diritto attuale.

§ 4. Sorgenti.

La teoria del diritto comune non ha formulato generalmente in modo esplicito il rapporto che intercede fra la sorgente ed il fondo da cui essa scaturisce. Però argomentando dal noto principio: *aqua quae in meo oritur vel illum ingreditur mea est* e per l'isolata dichiarazione del Sabellio ([1]), non contrastata da altri, sembra che si riconoscesse tra l'acqua ed il fondo un rapporto di accessione. Si ha quindi una deviazione dai principii del diritto romano, deviazione le cui tracce perdurano anche attualmente nella dottrina.

Questione capitale per la nostra materia è quella riguardante l'appartenenza delle sorgenti che nascono in fondi privati, quando cioè debbano esse dirsi private e quando e quali siano state ritenute pubbliche. Connessa con questa è l'altra riguardante le limitazioni che, in ragione dei corsi pubblici in cui quelle defluiscono, possano essere state loro riconosciute od impostevi.

Riguardo alla prima questione molti degli scrittori di diritto non ammettono mai che una sorgente che nasce in un fondo privato possa dirsi pubblica.

Così innanzi a tutti il Cepolla ([2]) il quale, seguendo Alberico da Rosate, crede che le sorgenti appartengono a colui che

([1]) Sabelli, *Summa diversorum tractatuum*. Venetiis, 1697. — v. *Aqua*, n. 3: « Aqua dicitur esse in dominio illius in cujus bonis oritur et « postea illius cujus bona ingreditur *cum solo cedat* etc. ».

([2]) Caepollae, op. cit., Tract. in tit. de verb. et rer. signif. « Publica », n. 7, p. 551.

le ha nel suo fondo. Questa stessa dottrina seguono anche l'Altogrado [1], il Menochio [2], il Sabellio [3], l'Hondedeo [4]. Più notevole è il Parisio che in più luoghi dei suoi *Consilia* [5] difende tale opinione, e specialmente in uno assai celebre ove appoggiandosi all'autorità di Bartolo e di Paolo di Castro, ritiene espressamente che non si possa parlare di acqua pubblica se non dopo che essa è entrata in un luogo pubblico.

Tanto la S. Rota [6] quanto il Senato piemontese [7] (certamente di grandissima autorità in materia di acque) seguirono inflessibilmente questi principii, dal primo dei detti tribunali mantenuti fino ai giorni nostri [8]. Solo si ritrova qualche rarissimo giudicato discordante, dovuto a condizioni affatto straordinarie, che deroga a questa giurisprudenza più volte secolare; nè certo potrebbe esser preso a sostegno di diverse teorie.

[1] Laelii Altogradi, *Consiliorum*. Venetiis, 1700. Cons. 97, n. 52.

[2] I. Menochii, *De adipiscenda, retinenda et recuperanda posses. Commentaria*. Venetiis, Zenarii, 1618. *De retinen. Rem.* VI, n. 64.

[3] Hondedei, *Consiliorum*. Venetiis, apud haer. Zenarii, vol. I, cons. 79, n. 60.

[4] P. P. Parisii, *Consiliorum*. Venetiis, 1580, pars I, cons. 114. n. 5; cons. 112, n. 1.

[5] Id. ibid. pars IV, cons. 129, n. 4: « Et licet ille in cujus posses- « sione nascitur antequam egrediatur fundum suum habet dominium ipsius « et de ea alii nihil possint disponere, tamen postquam aqua egressa est « de fundo proprio in quo oritur et pervenit ad locum publicum effecta « est publica et potest capi et occupari et duci ad irrigandos agros et firmat « Barth. per illum textum in l. imperatores ff. de serv. rustic praed. et per « Paul. de Castro in l. aquam C. de serv. et aqua ... ». È strano vedere come il Pacelli, *Le acque pubbliche*, n. 20, male interpretando le parole del Pecchio a proposito del Parisio, abbia travisato l'opinione di questo ultimo.

[6] *S. Rotae Romanae. Decis. Recentiores*. Venetiis, ap. Balleonium, 1697, pars XV, *Ausculana aquarum*, n. 10; pars IV, dec. 58, n. 3, t. 2; ib. dec. 700, n. 7, t. 3; ib. dec. 222, n. 3, t. 2.

[7] Ant. Thesaurus, *Novae decisiones Senatus Pedemotani Augustae Taurinorum*. Taurinum, 1609, dec. 245, n. 1.

[8] *S. Rotae Romanae. Decisiones*, anno 1824. *Sutrina aquarum*, 20 jan. n. 3; *Romana aquarum*, 20 februar. n. 4.

§ 5. Continuazione.

Venendo ora a dire di tutte le eccezioni che si riscontrano nel diritto comune ai principii che siamo fin qui venuti esponendo, considereremo separatamente quelle della dottrina e quelle della giurisprudenza. Giacchè quanto alle leggi, non ostante le ricerche fatte non ci fu dato di trovare il minimo indizio di alcuna di esse, la quale abbia dichiarato pubbliche determinate specie di sorgenti, accettando per esempio quella teoria che ordinariamente si denomina dal *caput fluminis*.

Le limitazioni alla libera disponibilità delle sorgenti private che si trovano alcune volte sancite nella legislazione di quest'epoca, siccome non intaccano, assolutamente parlando il principio della proprietà privata delle sorgenti che hanno origine nei fondi privati, sebbene spesso lo limitino grandemente (1), le raccoglieremo insieme alla fine di questa trattazione sul diritto comune.

Per altro, in alcuni casi specialissimi e molto rari, particolari disposizioni legislative riconoscevano un carattere latamente pubblico di alcune sorgenti che avevano origine su fondi privati e che defluivano in corsi di piccola portata, ma di grande importanza per il territorio che attraversavano. Tali sono appunto le sorgenti dell'Olona in Lombardia e dell' acqua Mariana nelle vicinanze di Roma, delle quali abbiamo testè fatto parola. Il Pacelli (2), che non si è avveduto della speciale naturà giuridica delle sorgenti dell'Olona, crede di poter dire pubbliche anche quelle dello Stafula, ma erroneamente, come vedremo fra poco.

Per le sorgenti del primo di questi fiumi negli statuti milanesi già citati, troviamo che il Commissario dell'Olona aveva facoltà di far tutte quelle opere che credesse utili per aumen-

(1) Ciò specialmente nel Piemonte in cui esistevano le maggiori di tali limitazioni alla proprietà privata delle acque. Il Richeri, per altro (*Universa jurisprudentia. Laude Pompeia.* Typ. Orcesi, 1829, § 56) eccettua esplicitamente le sorgenti.

(2) Op. cit. n. 85, nota 1.

tare la portata, e che erano puniti con multa di cento ducati, o anche più, coloro che avessero deviato le sorgenti o che avessero altrimenti impedito alle loro acque di giungere al fiume (¹).

Dell'acqua Mariana, la quale ha origine sotto Grottaferrata in un fondo privato nella località detta « gli Squarciarelli », il Bando Pacca del 19 dicembre 1820 vincolava le sorgenti, vietandone la dispersione (²).

Ho notato poco innanzi che il Pacelli, nel suo libro, rammenta la condizione speciale delle sorgenti dello Stafula, ricordate anche dal Pecchio, le quali, come originate nei fondi di privata proprietà del marchese Malaspina, non potevano essere divertite a danno degli utenti inferiori. Riscontrammo nell'opera del Pecchio la citazione fattane dal Pacelli (³). Ivi il

(¹) Loc. cit.: « Coeterum si reperiri modus poterit per quem augeri « possit aqua in flumine Olonae et videatur Commissario, habita tamen par- « ticipatione cum Senatore deputando, opus fore bonum et utile, id opus « fiat cum consilio peritorum eligendorum per Senatorem deputandum »... « Et si quis diverterit aquas dictorum fontium vel aliter impediverit quo- « minus in flumine Olonae decurrant, puniatur in aureis centum et majori « poena arbitrio Senatus ».

(²) Trascrivo qui la parte più saliente di tale atto: occorre notare che il Capitolo di S. Giovanni in Laterano, a cui apparteneva il Pacca, era investito fin *ab antiquo* del diritto di tutelare questo corso d'acqua: « Noi... « richiamiamo nel presente Bando in piena osservanza e vigore tutte le « provvidenze e disposizioni in varii tempi emanate dal ricordato Capitolo « per la conservazione ed il libero corso dell'acqua Mariana... A tutelare « quindi quest'acqua e le altre che alla medesima si uniscono negli altri « territorii di Marino e Grottaferrata d'onde sommi vantaggi derivano alla « alma Città di Roma ed ai suoi abitanti segnatamente per le Mole, Gual- « chiere ed altri edifizi che da remote epoche si trovano eretti fuori e « dentro la divisata porta nelle adiacenze della Marrana la quale riceve e « conduce le suddette acque, ordiniamo e comandiamo:

« . . . .

« 5. Nei territorii di Marino e Grottaferrata in cui vi sono delle acque « sorgive ed altri scoli di acque le quali per mezzo di forme e fossi sono « condotte ed imboccano nella marrana, non potranno farsi ripari o muri « intorno ad esse, nè per verum modo arrestarle o deviarle dal loro corso « naturale sotto qualsivoglia pretesto ed in qualunque distanza fino inclu- « sivamente alla imboccatura di esse nella detta Marrana »...

(³) Pecchio, *De aquaeductu Ticini Regii* apud Magri, lib. I, C. VII, quaest. IV, n. 43.

Pecchio, accennando molto brevemente al fatto, rinvia ad un altro punto della sua opera per la discussione del caso [1], che riguarda un conflitto a cagione della formula solita « Cum aquis etc. » contenuta nell'investitura del feudo dei Malaspina, e di un privilegio amplissimo sulle acque dello Stafula concesso, posteriormente a tale investitura, al borgo di Viqueria [2]. Questo per altro fondava principalmente il suo diritto sulla prescrizione immemoriale. Il Senato (a. 1593) con una brevissima sentenza, priva affatto di motivazione, riconobbe [3] il buon diritto degli abitanti di Viqueria e di altre due borgate ad avere l'acqua dello Stafula nella quantità ad essi necessaria; ma riconobbe altresì nei Malaspina il diritto di usare delle loro sorgenti come meglio credessero, coll'obbligo di restituire all'uscita dei loro terreni la quantità d'acqua che era necessaria a quei di Viqueria per i molini e la irrigazione che erano soliti di fare.

Come si vede, il caso è molto diverso da quel che si potrebbe credere leggendo il Pacelli. Nessuna dichiarazione di pubblicità di tali sorgenti è stata fatta dal Senato milanese, e neppure gli abitanti di Viqueria sostenevano tale tesi: giacchè fondavano invece le loro rivendicazioni sulla prescrizione immemoriale, avendo

[1] Il rinvio del Pecchio, nell'edizione da me consultata, è errato: l. 1, c. IV, quaest. VI, n. 46, invece di n. 43 e segg.

[2] Lo riproduciamo come esempio di questi speciali privilegi: « Concedimus et donamus praedictis nostris fidelibus aquam Stafulae et decursum ejusdem aquae a burgo Viqueriae supra habendum utendum et possitendum pleno iure. Itaque non liceat alicui personae derivare seu extrahere aquam de lecto seu meatu Stafulae aut decursum ipsius aquae valeat aliqualiter impedire ».

[3] Op. cit. lib. I, c. IV, quaest. VI, n. 45 fine. — Ne riporto solo la parte sostanziale: « Censuit Senatus dicto Marchioni Joseph seu Caesari ejus filio et haeredi ex dicto primo Opizono descendenti, licuisse et licere aquas ex dicto flumine Staphulae intra terram Godiassii et Salsi extrahere pro usu dicti molendini, modo statim in ipsum flumen revertantur: pro irrigatione vero praediorum non licere extrahere aquas nisi quatenus sufficiant etiam molendinis inferioribus jam constructis et irrigationis praediorum juxta solitum. Et attenta justa litigandi causa censuit praefatus Ordo partes esse ab expensis absolvendas, prout etiam absolvit Ripenses et alios consortes a damnis a dicto Marchione petitis ».

anche fatto, come sembra, alcune opere sui fondi dei Malaspina per regolare il corso dello Stafula.

Una ricerca molto lunga e pochissimo amena degli scrittori di diritto di quest'epoca, mi ha condotto a ritrovarne alcuni, i quali, oltre i già detti, hanno ritenuto per vera e giuridica la teoria del *caput fluminis*.

Stante l'importanza dell'argomento credo opportuno farne una breve recensione. Comincio dai più noti, cioè il Pecchio ed il De Luca.

Il primo nella sua opera magistrale: *De aquaeductu*, impressionato dalle conseguenze a cui potrebbe dar luogo la diversione di sorgenti molto grandi ed importanti, specialmente nei rapporti dei fiumi pubblici, crede di doversi opporre a tale pericolo, almeno nel caso più grave. A tale scopo egli si sforza di dimostrare per mezzo delle leggi romane (¹) che tutte quelle sorgenti le quali siano capaci di formare e formino realmente un fiume pubblico, quantunque si trovino su fondi privati debbono ritenersi pubbliche (²). Senza entrare affatto nel merito di questa dimostrazione che, come non persuase al suo tempo, non persuade neppure ora, facciamo rilevare come egli commetta in essa una petizione di principio fondando la sua dimostrazione sull'assioma che per le acque pubbliche *solum cedit aquae*.

Il card. De Luca, che in genere accede all'opinione comune (³), in una delle sue difese, non tenendo conto dei principii

(¹) Pecchius, *De acquaeductu*, l. 1, c. VIII, quaest. IV, nn. 35 a 41.

(²) Id. n. 36: « Conclusio nostra dominum fundi in quo aqua oritur « non habere dominium talis aquae quotiescumque sit apta flumen publi- « cum constituere et illud jam constituerat et assueta erat per suum al- « veum naturalem defluere et per consequens non posse illam aliunde « divertere obstante titulo ne quid fiat in flumine publico quo minus aqua « fluat quam priori aestate fluxit ». Ho riportato testualmente il Pecchio perchè mentre sembra che egli discorra solo di sorgenti che da sè sole formano un fiume, è stato inteso da alcuni nel senso che le sorgenti di cui parla siano indistintamente tutte quelle che con la loro portata influiscono sul corso di un fiume pubblico.

(³) De Luca, *Theatrum veritatis atque justitiae*. Romae, Corbelletti, 1669; *De serv. ad materiam aquar.* disc. 29, n. 2, e disc. 27, n. 3 pr.

del diritto romano, ed invocando invece la ragione pubblica dominante nella materia delle acque, crede che, a tutela degli usi pubblici, la proprietà di un comune sopra un corso d'acqua debba estendersi fin sulle sorgenti, almeno come servitù di non deviarle [1]. Come si vede, questo concetto è molto più critico e più esatto di quello del Pecchio. Non sembra, per altro, che la S. Rota lo abbia accettato.

Del resto, fin dal sec. XVI si trovano degli oppositori alla teoria comune, e di grande valore.

Il Calcagno [2], ad esempio, sostiene che il principio *aqua quae in meo oritur mea est* non è applicabile a quella che dà origine ad un corso perenne, cioè pubblico, perchè, data una tale natura, per la quale esso non appartiene a colui nel cui fondo ha origine, non è lecito, in forza dell'editto pretorio, far nulla nè nel fiume, nè sulla sua riva, per cambiarne il corso.

Jacopino Riminaldi fonda invece la sua opinione nell'assurdo che un privato possa avere il diritto di danneggiare gli usi pub-

[1] Op. cit. disc. 27 (*Sutrina aquae*). « Casus disputatus coram A. C. « N. 3. Stat enim bene simul quod quis sit dominus fluminis seu fossati « inferioris in quo plures fontium rivuli naturali cursu derivant, et tamen « quod non per hoc jus domini vel servitutis habeat in dictis fontibus seu « rivulis, nisi quoties ageretur de notabili praejudicio usus publici, quia « nempe ex derivatione fontium impedita remaneret navigatio seu cessaret « alter usus publicam concernens utilitatem, atque hanc dicebam in pro- « posita facti specie videri veritatem ».

[2] *Consilia Do. Laurenti Calcanei*. Lugduni, ap. haer. Jac. Giuntae. 1549, Cons. 56, n. 12: « Nec obstat l. aqua C. de servit et aqua ubi aqua « quae in meo oritur mea est, quia videtur hoc esse verum nisi alteri sit « jus quaesitum ut l. hoc jure § ductus aquae, de aqua quod et aest. ubi « contra aqua quae in rivo nascitur tacite lucri fit ei qui eam ducit et sic « nota quod dicit ei qui ducit, secus si ex se ipsa laberet sine facto hominis « et hoc dico quum ex ipsa aqua non fit flumen perenne et sic publicum « quia non est cujs in cujus fundo oritur sed jure publici ut dixi facit » l. 1, § et fluminum quaedam ff. de fluminib..... et est verum quod licet « unicuique facere in suo ne aqua labatur ad inferiorem partem ut l. 1, « § denique ff. de aqua quot et aest. quando est privata et alteri non est « jus quaesitum, ut est in casu nostro, sed quando ex ea fit flumen publi- « cum quia tunc non licet in flumine, nec in ripa ejus ut supradixit et « per ista etiam tollitur ultimum motivum et argumentum in contrarium « factum ».

blici e sembra credere che ciò possa applicarsi molto estesamente e non solo alle sorgenti principali (1). Seguace di questo autore è nel regno di Napoli l'Amendola in un commento alle decisioni raccolte dal De Franchis (2).

Nella dissertazione del Born, altrove citata, apparisce una nuova formulazione di questo principio. Egli considera la sorgente come parte di un fiume, e quindi siccome la parte ha in generale la stessa natura del tutto; così, secondo che il fiume è pubblico o privato, la sorgente sarà anch'essa pubblica o privata. Ma, mentre da queste parole sembrerebbe che egli si facesse a sostenere la pubblicità delle sorgenti dei fiumi, subito dopo limita questo concetto, dicendo che un fiume pubblico può avere origine anche in un fondo privato, quantunque sarebbe strano ritenere per privati tutti quei fiumi per i quali non fosse dimostrato che hanno origine in suolo pubblico (3). Non è difficile

(1) *Consiliorum sive responsorum Joan. Mariae et Jacopini a Riminaldis.* Venetiis, Zenarii, 1579, vol. IV, cons. 623, n. 7: « Clarum est autem « quod si liceret huic privato et per consequens cuilibet alii, in cujus « terris nascerentur dictae acquae, illas retinere, vel alio divertere, esset « in eorum potestate exhaurire dictum canale seu rivum publicum qui totus « constat ex dictis aquis scaturientibus et qui servit utilitati publicae « molendinorum, quod non est permittendum... ».

(2) Vinc. de Franchis, op. cit. dec. 183, *Addito Amendolae*, nn. 4-5: « Sed an aqua quae nascitur vel transit per fundum alicujus possit diverti « in praejudicium vicini inferioris in cujus praedia descendit latiss. The- « saur. dec. 245 incip. et qua, ubi quod sic et ampliat et limitat.

« Sed additio ipsius limitat regulam non procedere si aqua nascens « vel transiens in fundum privati, serviret usui publico quia tunc diverti « non posset in damnum usus publici et allegat. Riminald. cons. 623 et 624, vol. 4 optime ».

(3) Born Georgius, *De fontibus eorumque juribus dissertatio juridica.* Wittembergae, Typ. Vidue Aug. Bruningii, 1683, c. II, § 1: « Quod « igitur attinet quaestionem nostram decidenda quidem ea videbatur ex « natura et jure fluminum: constat enim quod flumen sit totum aliquod « cujus pars fons est s. scaturigo. Jamvero quidquid de toto verum est « valet regulariter de quavis ejus parte per tritam juris regulam lib. 113, « 147 d. R. I. Fluminum autem alia sunt publica, alia privata lib. 1, § 4. « De fluminibus, ac proinde statuendum videbatur, ex data hypotesi, fontium « quoque alios esse publicos, privatos alios. Licet penitus negandum non sit « in fundo quoque privato hortum suum et scaturiginem habere posse flumen

avvedersi come, sebbene non esplicitamente, faccia qui capolino il concetto che il proprietario che abbia nel suo fondo una sorgente, sia pure di un fiume pubblico, può disporne liberamente perchè essa è sempre privata e, forse, anche l'altro che possa dirsi, almeno sotto certi aspetti, privato il fiume che nasce in un fondo privato, ciò che è indubbiamente curioso.

Ultimo di questa serie è il Gobio, il quale crede che il carattere pubblico di un fiume si estenda alle sue sorgenti, sottraendole così al dominio privato [1].

Questa serie di autori, le cui opinioni sulla proprietà delle sorgenti maggiori abbiamo fin qui esposto, dimostrano come nel decorso di tutto questo tempo si sia sempre intesa la difficoltà della situazione, quando si trovano in conflitto la proprietà privata da un lato, e dall'altro i diritti della pubblicità. Era, del resto, consentaneo allo spirito dell'epoca, che prevalesse il diritto individuale, fin dove fosse possibile senza incorrere in un assurdo troppo evidente [2].

§ 6. Limitazioni alla libera disponibilità delle sorgenti.

È canone fino presso gli scrittori del diritto comune che il corso naturale delle acque non induca nè consuetudine, nè pre-

« publicum, uti de Danubio refert Joh. Oettingher de jur. limit. lib. 1, lim. « 2. Verum id l. exinde est quod plurimorum fluminorum scaturigines in- « certae adhuc sint ac dubiae. Absonum autem esset, si talia flumina, « quorum fontes adhuc dubii sunt, pro publicis eo usque habere nolles « donac probaretur origo in publico exorta. Magnif. Dn. D. Ziegl. in diss. de flum. publ. § 4 ».

(1) Antonius Gobius, *Tractat. de aquis.* Venetiis, Pezzana, 1700. Quaest. 3, nn. 5, 6, 7: « ... quod tamen intellige ut flumen oriens in fundo privato sit « privatum et proprium illius cujus est fundum, si perenne non sit, quia « tunc ejus principium non attenditur ex trad. per Angel. in l. 1, § flumi- « num ff. de flumin. cum concordantibus adductis quaest. 5 n. 2 quibus « addo Novar. de gravamin. Vassal. d. grav. 67, nn. 7 et 8. Eugen. cons. 41, « n. 9. Pecchius de aquaed. c. 7, quaest. 4, n. 36. Panimol. dicta ann. prima « ad decis. 26, n. 13, cum duobus seqq. ».

(2) Nel diritto francese le *lettere patenti di Luigi XIV*, aprile 1683, confermano la regola, dichiarandosi demaniali i fiumi solo dal punto in cui sono navigabili e lasciando il resto ai possessori.

scrizione, neppure se intervenga un uso fattone dai proprietarii inferiori nei limiti dei loro fondi. Così, fra gli altri opinano il Donello [1], Balduino [2], Graziano [3], il Pecchio [4], il Gobio [5], il Sabellio [6], seguìti dalla S. Rota [7], il Tesauro nel Piemonte [8] ed il Novario nel regno di Napoli [10]. Vedremo in seguito alcune particolarissime eccezioni a questo principio. Il Cepolla, a giustificazione di questa dottrina, dice che l'acqua non può da sè sola indurre consuetudine o prescrizione, essendo inanimata [9]. Ma più esattamente il De Luca la giustifica dicendo col Sabellio (loc. cit.) che ciò avviene perchè il corso naturale dell'acqua è puramente facoltativo.

L'ingegno acuto e sottile del De Luca stesso aveva esitato in un caso particolare sulla bontà di questa regola, giacchè si trattava di colpire con la sua rigida applicazione un gran numero di persone a danno delle quali si voleva deviare l'acqua di un fossato.

Egli, allora, aveva formato un'eccezione alla norma generale, eccezione a cui nulla si trova che faccia riscontro in tutto il diritto comune, sostenendo che quando l'acqua fosse andata, sebbene naturalmente, per molto tempo a vantaggio di un certo numero di persone (*vicinia seu contrata*), tale corso

(1) *Opera omnia*. Lucae, 1762, vol. III, col. 286, n. 17.

(2) *Catechesis juris civilis*. C. III, col. 720 (in *Jurispr. Rom. et Attica*, vol. I). È notevole che questo autore distingue l'acqua di pioggia da quella di sorgente: ammette per questa la libera divertibilità, la nega per quella.

(3) Gratiani, Steph. *Disceptat. forensium*. Romae, Mascardi, 1617, c. 480, n. 1.

(4) Op. cit. c. 4, quaest. 4, l. 1, n. 24.

(5) Op. cit. quaest. XII, n. 10.

(6) Op. cit., v. *Aqua*, n. 1, fine.

(7) *Recentior*, p. IV, t. 2, dec. 425, Ferrarien, *aquar*. nn. 1 e 6; p. XV, dec. 9 ausculana aquar., 28 Jan. 1667, n. 5.

(8) Op. cit. loc. cit. n. 1.

(9) Jo. M. Novarius, *Collectanea et decisionum reportata in regni neapolitani pragmaticas, sanctiones edictave regia*, Venetiis, ap. Juntas, 1622. Collectanea 18, Super Pram. I, Sub rubrica de aq. et aquaed. « Per beneficio universale », n. 1.

(10) Op. cit. *Tract. de serv. praed. rustic*. c. IV, nn. 25, 51.

diveniva consuetudinario e non poteva più venire mutato. In appoggio della sua tesi egli faceva distinzione fra la prescrizione ritenuta odiosa e riguardante il singolo, e la consuetudine. riguardante un certo numero di persone e considerata favorevolmente dal diritto [1].

§ 7. Continuazione. - Acquisto di servitù per titolo, prescrizione destinazione del padre di famiglia e prescrizione in « facultativis ».

Poco o nulla v'è da notare riguardo al titolo nell'acquisto delle servitù: esso è sottoposto alle regole generali per quel che riguarda il suo valore; e comprende, oltre il contratto propriamente detto, anche gli atti di ultima volontà, le sentenze ecc.

Naturalmente, e anche secondo il diritto romano, oltre il consenso del proprietario, è richiesto pure quello di colui che abbia precedentemente acquistato diritto all'acqua [2].

Il titolo, mediante il quale venivano constituite le servitù, non fu sottoposto, almeno nello Stato pontificio, alla formalità della trascrizione, introdotta quivi dal Regolamento legislativo e giudiziario del 1834. Questa formalità fu resa obbligatoria soltanto per gli atti di alienazione di beni capaci di ipoteca (§ 183).

Rispetto all'acquisto di servitù sulle sorgenti, per mezzo della prescrizione, osserviamo separatamente i requisiti del possesso e del tempo. Per il primo si dice da tutti che sono necessarie le opere sul fondo superiore, fatte *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*.

Ciò fu sempre e costantemente ritenuto dalla S. Rota fino agli ultimi tempi, pure escludendo il semplice spurgo dei fossi come opera sufficiente ad indurre la prescrizione [3]: e ciò ritennero pure i giuristi più celebri, come il Cepolla [4], il Pecchio,

[1] De Luca, op. cit. loc. cit. disc. 26, n. 6.

[2] Donello, t. VII, c. 427, n. 1. — Voet, *Ad Pandectas*. Bassani, 1827, 39, 2, 1. — Richeri, op. cit. t. III, § 1103.

[3] Recent. P. XV, d. IX. *Ausculana aquar.* nn. 6, 7. — *Beneventana manutent.* 8 junii, 1827, n. 7.

[4] Op. cit. c. IV, nn. 57, 58.

che fa su tale questione una dissertazione abbastanza lunga secondo il metodo scolastico (1) il Sabellio (2), lo Spada (3), il De Luca (4), il Richeri (5) che giustamente osserva che le opere sul fondo superiore devono esser fatte al solo scopo di far discendere l'acqua sul fondo inferiore. Notevole per la chiarezza è l'esposizione che fa il Voet (6) di tale tesi, seguendo anche egli l'opinione comune. Il Parisio ed il Pecchio (7) richiedono per la prescrizione anche la buona fede, alla maniera del diritto canonico, cioè in tutto il tempo necessario a prescrivere, fondandosi nella l. 2 *de reg. jur.* in VI « Possessor malae fidei « ullo tempore praescribit », e sul « c. ult. Ex. de praescript ». Questa teoria, così esplicitamente, non la troviamo propugnata da alcun altro.

Era molto discusso, a proposito del possesso nella prescrizione, se il *nec clam* dovesse intendersi nel senso che il proprietario dovesse effettivamente conoscere l'uso fatto da altri della sua acqua, ovvero se bastasse che ciò fosse solo possibile. Il Duareno ed il Donello (8) ammettono che si possa prescrivere anche *ignorante domino*, l'Antunez invece richiede la scienza positiva del proprietario e non crede sufficiente quella dei coloni (9).

La servitù d'acquedotto, che viene sempre considerata come continua e che è la servitù tipica in questa materia, si acquista per comune consenso, con la prescrizione di 10 anni fra presenti e 20 fra assenti (10). A tale principio (e ciò è di grande

(1) Op. cit. c. VII, quaest. IV, lib. I, nn. 27, 28 e segg.
(2) Op. cit. v. *aqua*, n. 1, fin.
(3) Jo. Bapt. Spadae, *Consilia*. Romae, 1658, cons. 17, n. 7.
(4) Op. cit. lib. XVI, disc. 93, n. 2 fin.
(5) Op. cit. vol. 3, §§ 1116, 1117, 1118.
(6) Op. cit. 8, 4, n. 1.
(7) Op. cit. t. I, cons. 12, nn. 32, 33; op. cit. c. IV, quaest. IV, lib. I, n. 32.
(8) V. in Donello, vol. VII, c. 424, n. 23.
(9) Op. cit. loc. cit. n. 25.
(10) Caepolla, op. cit. c. IV, n. 80 e segg. — Voet, op. cit. 8, 4, n. 3. — Heinecci, *Elementa jur. civ. sec. ord. pandect.* Remondini, Bassani, 1835, 8, 4, § 158, n. 3. — S. Rota, *Sutrina Herbarum*. 25 jun. 1824, p. 8.

importanza nei riguardi della legislazione attuale) facevano eccezione il Piemonte e l'Olanda, in entrambi i quali stati secondo le testimonianze del Richeri e del Voet [1] per le servitù in generale non vigeva altra prescrizione che la trentennale, oltre il requisito delle opere sul fondo superiore nel caso speciale della servitù d'acquedotto.

Al presente è molto controverso se sia possibile la prescrizione decennale in virtù di un titolo debitamente trascritto, per la servitù d'acquedotto. Non cadeva questione intorno a questo punto sotto l'impero del diritto comune e del Regolamento legislativo e giudiziario di Gregorio XVI che aveva introdotto questo istituto nelle provincie dell'Italia centrale, perchè, come abbiamo già notato, le servitù non potevano essere trascritte.

È quindi palese come il Codice attuale abbia reso molto più rigorose, di quel che erano, le forme di questo modo di acquisto delle servitù, specialmente rapporto alle sorgenti; giacchè anche se si ammetta per queste la prescrizione decennale (ciò che è negato da molti) questa non ha luogo qualora non esista un titolo regolarmente trascritto.

Il Cepolla, parlando del caso che una sorgente sulla quale si ha una servitù, venga per un certo tempo ad inaridirsi e poi torni a formarsi, dice che la servitù che esisteva sopra di essa si estingue col cessare dell'acqua, ma che se ne può ottenere la restituzione quando questa si manifesti di nuovo [2]. Il Voet invece non ammette una vera estinzione della servitù, e per conseguenza non ammette neppure che possa avvenirne una restituzione: dice egli soltanto che la servitù *evanescit* e poi *reviviscit*, e la considera quindi come esistente in potenza, e non in atto, durante tutto quel tempo nel quale l'acqua cessa di defluire [3].

Nel Cepolla stesso noi ritroviamo già formulata la teoria della costituzione delle servitù per destinazione del padre di fa-

(1) Richeri, op. cit. tom. 3, §§ 1116, 1117. — Voet, op. cit. loc. cit. n. 6.

(2) Caepolla, loc. cit. c. 40, n. 4.

(3) Voet, op. cit. 8, 3, n. 6.

miglia, e questo autore la espone appunto parlando della servitù d'acquedotto. Egli fonda la sua opinione sul patto tacito che si ritiene avvenuto, nel caso di una divisione, fra gli eredi, e sopra una serie di testi romani fra cui notevoli le l. 47 e 67 D. 18, 1 e la l. 38 pr. D. *de aedil. edict.* 21, 1, che per altro non ha che vedere con la questione ([1]).

Fa anche notare, quest'autore, come ciò possa verificarsi solo per le servitù continue, escludendola assolutamente se si trattasse di altre, come ad esempio di quelle di passaggio.

Anche il Richeri sulla base delle l. 19, § 1 D. 8, 6 e l. 75 D. 21, 2 riconosce nel patto tacito la ragione di questo modo di costituzione della servitù d'acquedotto e considera questa come un'eccezione ed una limitazione alla privata proprietà delle sorgenti ([2]).

In tal modo siamo risaliti fino al sec. XV per ritrovare la origine di questa forma di costituzione delle servitù, a meno per quel che riguarda il suo stato attuale, che a quanto sembra, doveva essere principalmente in uso nell'Italia superiore. Per altro essa non venne mai introdotta nella legislazione prima dei codici, rimase solo allo stato di embrione nella giurisprudenza e nella dottrina, sebbene universalmente e costantemente accettata.

Non sarà inutile accennare ancora ad una forma di usucapione delle servitù, tutta propria del diritto comune ed attualmente scomparsa dalla legislazione, cioè la prescrizione *in facultativis*. Essa, come lo indica il nome stesso, non poteva aver luogo che nelle *res merae facultatis* ([3]), quale p. e. il decorso naturale dell'acqua di una scaturigine qualsiasi, e si distingueva dalle altre prescrizioni in ciò, che, mentre queste fondano sul titolo e nelle opere eseguite nel fondo serviente, essa invece si basava

([1]) Caepolla, op. cit. c. 4, n. 64, 65: « .... intellige nisi isti tres « fundi fuissent prius unius tantum, vel nisi fuisset unus tantum fundus: « et postea fuerint divisi, vel divisus inter eos vel eorum auctores puta « cohaeredes vel legatarios: . . quia tunc quilibet deberet uti aqua sicut « erat et discurrebat tempore divisionis etc. ».

([2]) Op. cit. v. III, § 1122.

([3]) Pecchius, op. cit. c. VII, quaest. II, lib. 1, n. 42.

soltanto sopra un atto di contradizione o di proibizione intimato dal proprietario inferiore al superiore, a fine di non fargli mutare lo stato delle cose come egli avrebbe voluto [1] e sull'acquiescenza prestata da costui a tale ingiunzione. Dal fatto che questa specie particolare di prescrizione non poteva aver luogo che nelle *res merae facultatis* deriva che, in forza di essa, non potevano aver origine che delle servitù negative [2], come ad esempio l'obbligo di non mutare il corso di un'acqua, e di non tagliare le vene di una sorgente.

Siffatta forma di costituzione di servitù era generalmente accettata sotto l'impero del diritto comune ed in ispecial modo nella materia delle acque [3].

Occorre risalire fino alla glossa per ritrovare le origini di tale istituto [4], che da essa è passato in tutte le scuole giuridiche che si sono precedute fino ai nostri giorni, nei quali si è trovato ancora qualcuno che la sostenesse. Ma di ciò altrove.

Una opposizione fatta verbalmente, e la quale avesse avuto effetto facendo recedere il proprietario dal proposito di mutare p. e. il corso di un'acqua o procurando la sospensione dei lavori incominciati bastava in questa forma specialissima di prescrizione per ottenere la *interversio possessionis* facendo cominciare a possedere *jure servitutis* ciò che fino allora si era posseduto *jure facultatis* [5].

La prescrizione incominciava allora a decorrere dal momento in cui era stata fatta la contradizione [6], e si compiva col decorso di 10 anni [7]. L'applicazione più comune di questa prescrizione nella materia delle acque era quella di ottenere col

(1) Pecchius, c. VII, quaest. IV, lib. 1, n. 24.

(2) Pecchius, loc. cit. — *S. Rotae Rom. dec. recentior.* Pars IV, dec. 425, n. 8 e segg.

(3) Oltre i sopra citati v. pure Gobio, op. cit. quaest. 10, n. 18. — Pecchio, loc. cit.

(4) Glossa ad v. formam l. X, *De serv. praed. urb*, 8, 2.

(5) Cfr. *Decisiones Rotae Rom. recent.* dec. 115, n. 24, p. 14. — Gobio, op. cit. quaest. X, n. 18.

(6) *Dec. recent.* dec. 254, n. 21, p. 10.

(7) Pecchius, op. cit. c. VII, quaest. II, lib. I, n. 42.

suo mezzo la servitù negativa che non venisse deviata un'acqua dal suo solito corso per parte del proprietario della sorgente. Si richiedeva quindi in tal caso il concorso di tre circostanze, che cioè il proprietario volesse di fatto deviarla, che l'inferiore gli intimasse di non farlo, e che quello, ricevuta questa opposizione, desistesse dal suo progetto (1).

§ 8. Taglio delle vene. Emungimenti. Acquedotto forzoso.

I due primi fatti, cioè il taglio delle vene di una sorgente e l'emungimento, per la grave mancanza di cognizioni idrauliche nei giuristi dell'epoca, si trovano molto raramente ben definiti, assimilandosi forse spesso tra loro l'emungimento e il taglio delle vene.

Credo che sia assolutamente indiscutibile che il taglio delle vene sia stato sempre riconosciuto come lecito nel diritto comune, salvo pochissime eccezioni e limitazioni fra cui precipue quelle riguardanti gli atti *ad aemulationem*. A giustificarne la liceità, esso è ricondotto da alcuni autori (2) alla deviazione di quelle acque private, sulle quali altri non abbia ancora acquistato alcun diritto, ed il cui corso, in conseguenza, sia tuttora puramente facoltativo.

Da tale analogia si deduce la liceità di quest'opera; e la dottrina si tiene per questa parte molto attaccata al testo delle leggi romane, riconoscendo il fatto come esente da violenza e da dolo, se compiuto con proprio vantaggio e non *ad aemulationem* (3). Molto probabilmente era questa l'opinione seguita

(1) Pecchius, op. cit. c. VII, quaest. IV, lib. I, n. 24. « Ad hoc autem ut « possit acquiri hoc jus negativum prohibendi ne aliunde aqua divertatur, « et valeat currere praescriptio, oportet quod superiores voluerint aliquando « aquam aliunde divertere et fuerint prohibiti et hujusmodi prohibitioni « acquieverint ».

(2) Caepolla, op. cit., loc. cit. nn. 84, 67.

(3) Sabelli, op. cit. v. *Aqua*, n. 1.

anche dagli statuti dell'epoca, se qualche cosa si può dedurre dai loro commentatori [1].

Siccome ci riserviamo di trattare in seguito degli atti *ad aemulationem* e delle conseguenze giuridiche che ad essi si annettevano, basterà qui ricordare un'altra limitazione apportata al diritto del taglio delle vene.

Il Gobio [2] parlando della prescrizione immemoriale che fa presumere il titolo e il privilegio, dice che la facoltà di tagliare le vene d'acqua nel proprio fondo, come quella di divertire l'acqua della propria sorgente dal suo corso naturale, può essere tolta da un uso molto antico che sia stato fatto di quest'acqua medesima.

Ma siccome tale opinione avrebbe urtato ben facilmente contro i canoni che regolano la prescrizione, per sostenerla, egli asserisce trattarsi solo di una consuetudine per cui sia sufficiente l'uso fattone dagli abitanti per un lungo tempo, senza bisogno che sia stata condotta *jure servitutis*.

Lo stesso autore però, all'infuori del caso ora enunciato, reputa necessaria la regolare costituzione di una servitù vera e propria affinchè possa essere impedito il taglio delle vene [3].

Di grandissima importanza è qui la disposizione contenuta nel proclama del Mantovano 21 agosto 1602 già sopra ricordato, e che sembra essere stato seguito da altri coi quali si faceva espresso divieto di recidere le vene d'acqua anche sul proprio fondo, qualora le loro acque fossero già utilizzate [5] da fondi inferiori. Questa regola così straordinaria, insieme ad altre consimili vigenti nel Mantovano stesso e che vedremo tra poco,

[1] Conciolus et Romaguer, *ad Stat. Eugubinum*. l. VI rub. n. 24 citato dal Sabellio.

[2] Gobius, op. cit. quaest. XII, n. 26.

[3] Op. cit., loc. cit. n. 10.

[4] Tale statuto sanciva, a detta del Gobio, pene severissime contro i trasgressori. A questo proposito giova ricordare che in Germania il taglio delle vene illecito, cioè fatto *ad aemulationem*, era considerato come un delitto la cui pena era arbitraria, variabile cioè secondo la gravità del danno e le altre circostanze; cfr. G. Born, *De fontibus ceorunque juribus dissertatio*, c. III, § 4.

è quella forse che più delle altre limita la proprietà privata delle acque.

Non essendoci stato ancora possibile di riscontrarla testualmente, non sapremmo a quali principii o criterii essa possa essere stata inspirata, e perciò neppure ci riesce di classificarla fra le eccezioni al diritto vigente ispirate a necessità locali, od in altra specie qualsiasi di limitazioni della proprietà.

Poco o nulla si ritrova nel diritto di quest'epoca a proposito degli emungimenti. Non saprei dire se ciò sia dipeso da nozioni di idraulica poco sviluppate ed incomplete, oppure da che questo fatto non era considerato come molto importante dal lato giuridico.

Così ad esempio il Pecchio [1], parlando di due canali di diverso livello troppo vicini che sia danneggiano, incolpa di ciò o la malvagità degli uomini, o le talpe che traforano gli argini.

Rapporto alla legislazione, la disposizione più saliente è quella contenuta negli statuti milanesi col divieto di scavare nuovi fontanili ad una distanza minore di 300 braccia dai circostanti. Questa specie di servitù legale serviva a tutelare senza distinzione e ad un medesimo tempo i fontanili esistenti sia dal taglio delle vene, sia dagli emungimenti. È quindi evidentemente una disposizione, di cui i compilatori non si resero esatto conto e che indica una confusione di idee molto grave.

[1] Op. cit. lib. 1, c. V, quaest. 2, nn. 30 e 31. « Quo vero ad rugias seu rivos faciendos penes alios parva detur distantia, quae regulatur secundum rivi magnitudinem, ut detur major distantia si major est rivus, ne quandoque aquarum impetu, stante aggeris modicitate, destruantur; et detur occasio amittendi aquas, et praecipue ne ratione paucitatis aggerum detur causa delinquendi, respectu scilicet scanaturae ejusdem aggeris, ut vulgo dicuntur *scanoni dell'argine*, ad aquam divertendam, et latitantam furantis calliditatem, sub mendicato praetextu, quia aggeres sunt parvi et facillime a talpis perforantur: hinc arrepta occasione quod ab animalibus accidentaliter factum est, et exinde postea hominum astutia sit subsantialiter in damnum domini aquae proprium rivum ingressae. Ideo in hoc statur judicio peritorum circa aggerum magnitudinem et paucitatem ».

In questa scarsezza di disposizioni e di dottrina giuridica acquista un valore anche maggiore di quello che avrebbe già di per sè per i suoi intrinseci pregi, l'esposizione che il Cepolla [1] fa di questo punto di diritto, in un testo che non abbiamo trovato citato da altri.

Egli, dopo aver distinto l'emungimento dal taglio delle vene, contrapponendo l'uno all'altro, finge la specie, che riportiamo in nota, di un fondo superiore in cui si trovi una sorgente, la cui acqua, per infiltrazione, si estende anche al fondo inferiore. Il proprietario di questo fa uno scavo, da cui, per gli stessi meati dai quali filtrava per l'innanzi l'acqua sotterranea, questa esce in copia all'aperto, abbassando le vene della sorgente che quindi presto inaridisce.

L'autore argomentando allora dalla l. 24, § ult. D. 39, 3 e dal principio che se uno non può immettere nulla sul suolo altrui, molto meno può togliere via da esso ciò che vi si trova e che non abbia origine dal proprio fondo, sostiene l'illiceità dello scavo: « Quia plus videtur esse auferre alienum, quam sim« pliciter in alieno immittere ».

Non ostante le molte ricerche da noi fatte in questo punto non ci è stato dato di rinvenire alcunchè di notevole in tale questione, da alcuni accenni fugaci in fuori, che si trovano in qualche statuto municipale, ai danni che possono arrecarsi con canali a canali preesistenti o a fiumi e che possono riferirsi anche agli emungimenti [2].

[1] Cepolla, op. cit. n. 66: « Quarta quaestio principalis esse potest « ex praedictis decidi in casu e converso: Nam supra dictum est quando « dominus superior vult praecidere venas in fundo suo ortas et impedire « ne aqua discurrat ad fundum inferiorem. Quid e contra? Quidam habet « fundum superiorem in quo aqua nascitur puta profunde per quindecim « pedes quae discurrit solum ad fundum vicini inferiorem per subterraneos « meatus et quia non transeunt meatus illi fundum vicini, aqua ascendit « in fundo superiori per illos quindecim passus et ducitur a domino su« periori per fundum suum: dominus inferior fodit in fundo suo: et ex eo « aqua exit ita ut non possit amplius ascendere ad superficiem fundi su« perioris: Quaeritur nunquid possit? ».

[2] Romagnosi, *Condotta*, 902, cita il vecchio statuto milanese che stabilisce una distanza di 4 gittate tra un fiume e un nuovo cavo.

Negli stessi tempi moderni non troviamo altre disposizioni all' infuori di quelle del trattato di Ostiglia citato dal Mari e dal Romagnosi, il primo dei quali attesta anche che nella pratica la distanza comunemente osservata era di due pertiche ([1]).

È bello vedere nel corso del diritto comune lo svolgimento di una norma, tutta propria della giurisprudenza milanese e subalpina sulle acque private, e cioè di quelle dell' acquedotto forzoso. Essa fu sancita in principio negli statuti del ducato di Milano ([2]) ed in quelli di Verona del 1455. Indi passò nel 1547 in quelli della Provenza.

Poco dopo, Emanuele Filiberto (a. 1584) la accoglieva ([3]), come norma di diritto comune, nella riforma legislativa da lui fatta nei suoi stati.

La formula che allora egli dette a questo principio si mantenne, con lievi mutazioni, sino alla codificazione, ed è stata accettata quasi nella stessa forma dal nostro codice. Emanuele Filiberto, infatti, aveva stabilito che colui il quale avesse bisogno

([1]) *Idraulica pratica ragionata*, t. III, sez. XII, n. 2.

([2]) Nelle *Constitutiones Dominii mediolanensis del 1567* (Novariae ap. Sesallum) questo principio è espresso con le seguenti parole: (Lib. IV, *De aquis et fluminib.*): « Omnibus habentibus jus et facultatem aquae du- « cendae tam ex fontanilibus quam ex fluminibus, et aliter quomodocum- « que, liceat aquam ducere per agros et possessiones cujuslibet personae, « communis vel universitatis hujus dominii, etiam secus per vias publicas, « fossas, clausas et alia necessaria faciendo, ad minus damnum et incom- « modum partium, ipsis tamen aquam ducentibus per prius solventibus pre- « cium terrae quae in his occupanda erit quartamque partem ultra extima- « tionem veri pretii et damnum, si quod inferri continget, arbitrio duorum « virorum in similibus peritorum, qui tamen respectu damni, illud plusquam « in duplum verae extimationis extimare non possunt ».

Simili disposizioni si ritrovano in molti statuti dell'Alta Italia: Lodi (a. 1390); Pavia (1393); Verona (1455) alla cui compilazione prese parte il Cepolla; Brescia (1470); Bergamo (1492) molto completo anche per la parte procedurale, in cui sono notevoli le disposizioni a tutela dei canali del comune; Crema e Mantova (1568). — Vedi De Bosio, *Dei consorzi di irrigazione nel regno Lombardo-Veneto*. Verona, Vicentini e Franchini, 1855.

([3]) Richeri, op. cit. v. 3, § 73.

di condurre sui proprii fondi dell'acqua che gli apparteneva, potesse costringere il vicino a concedergli il passaggio, pagandogli il prezzo dal terreno occupato aumentato di 1/8 e risarcendolo di tutti i danni, che in occasione di tale passaggio gli fossero recati.

La giurisprudenza posteriore pose una limitazione a questo diritto ammettendo che tale passaggio fosse allora solo possibile quando non impedisse l'utilizzazione dei fondi, o non riescisse altrimenti troppo gravoso ai proprietarii ([1]).

Si scorge facilmente come questo istituto giuridico fosse fin dalla sua origine già perfettamente sviluppato, così che le differenze che si ritrovano nella sua applicazione nel Milanese e nel Piemonte sono affatto secondarie, riguardando solo l'ammontare dell'indennità da pagarsi ai proprietarii dei terreni attraversati.

La limitazione poi, che, a detta del Richeri, fu introdotta nel Piemonte per opera della posteriore giurisprudenza, non è neppur tale da mutare la norma di diritto, essendo piuttosto una conseguenza razionale della sua applicazione in qualche caso molto particolare, in cui si sarebbe altrimenti violato il principio che tutela egualmente tutte le proprietà dei singoli cittadini. La disposizione dello statuto veronese, più generica delle surriferite, forse non poneva alcun limite, nè determinava il modo di valutazione dei danni, ma poneva soltanto l'obbligo del risarcimento di questi ([2]). Non ho trovato che in alcun'altra regione, all'infuori della Provenza (a 1547), sia stato accolto quest'istituto, che sarebbe così rimasto una esclusiva prerogativa dell'Italia superiore.

§ 9. Atti « ad aemulationem » e limitazioni affini alla proprietà delle sorgenti.

Anche la dottrina degli atti *ad aemulationem* è propria del diritto comune, in cui anzi prese, alle volte, uno sviluppo esagerato sotto ogni rapporto. Sono tuttora celebri le serie di presunzioni stabilite da alcuni scrittori per determinare se un atto fosse

([1]) Richeri, op. cit. v. 3, § 73. — *Reg. Const.* lib. 5, tit. 19, § 6 e segg.
([2]) Cepolla, op. cit. c. IV, *de aquaeductu*, n. 69.

stato compiuto *ad aemulationem* o no. Fortunatamente, per la materia delle acque si procedette più cautamente, sebbene essa si prestasse forse quant'altra mai, ad ardite costruzioni giuridiche di questa fatta. Anzi, per dir più, non sarebbe arduo sostenere che a questo proposito lo sviluppo della dottrina fu assolutamente razionale e giuridico, così che non sarebbe neppure difficile ridurla, con formule molto esatte, fra le strettoie degli articoli di un codice. In ciò credo che abbiano influito quei temperamenti ai rigidi principii del diritto classico che si ritrovano, interpolati dai compilatori giustinianei, in molti frammenti del Digesto. Si è già visto come la glossa riconoscesse la possibilità di un'*actio doli* o di un'*actio in factum* per difendersi contro colui che si permettesse di far opere a danno del vicino. Questa dottrina si trasfuse negli scrittori posteriori di diritto. Baldo, anzi, sembra che tendesse ad estendere gli effetti giuridici della *aemulatio*, giacchè, stando al Cepolla ([1]), riteneva che non fosse possibile, senza operare *ad aemulationem*, divertir l'acqua dal fondo inferiore con danno di questo, sebbene ciò fosse a vantaggio del proprietario della sorgente. Il Cepolla, invece, rilevava che la aversione fosse sempre possibile, ammettendo come una presunzione *juris tantum* la emulazione, e conseguentemente l'illiceità dell'atto quando questo non fosse utile, in tutto od in parte, al proprietario che lo compiva ([2]). La teoria degli atti emulatorii continuò a vigere sempre, sebbene con minore ampiezza che per lo innanzi ([3]), fino agli ultimi tempi ([4]).

L'applicazione più usuale di questa teoria riguarda appunto il taglio delle vene, che or ora abbiamo veduto, ed in cui notavamo l'esistenza di questa limitazione ([5]).

Dalle espressioni, usate in generale fra gli scrittori, sembrerebbe doversi ritenere che non fosse lecito p. e. divertire le acque

([1]) Cepolla, op. cit. loc. cit. n. 64.

([2]) Op. cit. loc. cit. n. 63 e 64; vedi pure Pecchius; op. cit. c. VII, quaest. VII, lib. I, n. 15; Gobius, op. cit. quaest. XII, n. 11.

([3]) Voet, op. cit. 39, 3, 3.

([4]) S. Rotae Rom. dec. anno 1827. Beneventana manutentionis, 8 junii n. 7.

([5]) Voet, op. cit. loc. cit. — Gobio, op. cit. quaest. XII, n. 12.

su cui l'inferiore non aveva diritto alcuno e che ad esso riescivano utili, se non potesse provenirne una utilità attuale ed immediata per il proprietario della sorgente che operava tale diversione. Il Gobio ([1]), invece, accettando un'opinione più benigna, ammette che possa dirsi lecito un atto di tal sorta, anche quando il proprietario della sorgente potesse soltanto in seguito ritrarne un qualche vantaggio. Un'altra soluzione fu adottata dalla S. Rota, la quale definendo che l'acqua non poteva esser ([2]) deviata *ad aemulationem tantum*, ebbe a riconoscere che nel concorso della emulazione con un'altra causa lecita e giusta, di questa sola si dovesse tener conto, considerando la prima soltanto come un motivo secondario nella determinazione della volontà.

La migliore e la più completa esposizione di questa dottrina, sebbene, per esser condotta secondo il metodo scolastico, riesca di lettura assai pesante a chi non vi sia avvezzo, è senza dubbio quella fattane dal Pecchio, che vi dedica un apposito capitolo ([3]).

Senza trattenerci più oltre sulla teoria generale, sarà bene ricordare una applicazione che troviamo fatta, di questo principio, nel Piemonte, in una scala larghissima e con norme speciali, e nello stato Pontificio in proporzione minore, ma con principii quasi egualmente comprensivi.

Le Regie Costituzioni piemontesi vietavano in termini molto vigorosi il disperdimento delle acque in genere, fatto da chiunque, fosse questi anche il proprietario esclusivo, comminando contro i trasgressori una pena di 25 scudi ([4]).

Ad evitare inoltre che proprietarii infigardi, provvisti di acque oltre il bisognevole, le lasciassero inoperose, anche a bella

([1]) Gobius, op. cit. quaest. XII, n. 11.

([2]) *Recent.* p. XVI, dec. 415, n. 7.

([3]) Pecchio, op. cit. c. VII, quaest. VII, lib. I: « An aqua quae oritur « in fundo vicini possit ab eodem vicino in praejudicium inferiorum diverti « supposito nullam adesse servitutem, si nulla utilitas resultat divertenti ex « hujusmodi diversione sed eam potius divertit, ne beneficium consequantur « inferiores vicini, quaeritur quid juris ? »

([4]) *Reg. Const.* lib. 6, tit. 7, § 5.

posta, con danno dei vicini, i Duchi di Savoja fin dal sec. XVI avevano stabilito una speciale magistratura detta il *Magistrato delle acque*, di cui Tesauro il maggiore ebbe la presidenza ([1]), il quale doveva provvedere all'utilizzazione delle acque, con facoltà anche di costringere coloro che ne avessero delle superflue, a venderle a quelli che ne abbisognassero ([2]).

Questa norma fu poi costantemente seguita dal Senato Torinese, quantunque si riconoscesse espressamente l'assoluta proprietà delle sorgenti in coloro che le avevano nei loro fondi, ed il diritto di deviarne il corso ([3]).

Mentre il Sovrano piemontese emetteva queste provvidissime disposizioni, le quali per altro hanno il torto di risentir troppo delle condizioni locali, così che non sarebbero certamente applicabili, senza modificazioni, alla generalità dei casi, la S. Rota accettava nella sua giurisprudenza un principio, eminentemente provvido altresì ed ispirato agli stessi criterii delle disposizioni piemontesi, ma formulato, ci si perdoni la frase, più giuridicamente e meno amministrativamente che in queste, ammettendo cioè che il proprietario di un'acqua potesse esser costretto a venderla anche nel suo fondo, al vicino, quando però si trattasse di un'acqua la quale discendesse immediatamente al fiume ([4]).

Questo principio, oltre che non essere comune fra gli scrittori, è anzi impugnato assolutamente da alcuni di questi, come ad esempio dal Parisio ([5]), il quale non consente che possano mai esercitarsi coazioni di questo genere.

([1]) Thesaurus, op. cit. dec. 245, n. 5.

([2]) Op. cit. loc. cit. n. 6: ... « Quae omnia praesertim procedere debent « in hac serenissima patria in qua serenissimus Dux noster, providens uti- « litati publicae, cum reipublicae intersit subditos locupletes habere, magi- « stratum erexit qui provideret ut aquae otiosae non essent in suo statu, « et qui aquas possident ultra eorum necessitatem, illam aliis, aqua egen- « tibus, concedant et ad illud compelli possint ».

([3]) Dec. del Senato di Torino, 21 giugno 1683. Duboin, vol. 8, p. 224. — Concordi, dec. 30 maggio 1686, 20 gennaio 1748 e Camera dei Conti, 27 marzo 1829; ibid. pp. 256, 623, 753.

([4]) *Recent.*, p. IV, dec. 58, n. 3, tom. 2.

([5]) Parisi, *Consilia*, tom. I, cons. 112, n. 1: « ... atque ortum habent « in loco de Ciringellis proprio ... quo fit: cum ibi nascant et propriae

Degne di speciale menzione mi sembrano alcune disposizioni che si riscontrano talvolta negli statuti particolari dei singoli comuni, le quali tendono a limitare stranamente la proprietà privata delle acque. Le principali sono quelle che vengono sancite negli statuti di Mantova ed in quelli di Reggio-Emilia.

Riguardo ai primi il Gobio nota questa loro particolarità insieme ad altre, che abbiamo già dianzi riprodotte, che cioè tanto per lo statuto [1] quanto [2] per il proclama del 21 agosto 1602, era stato vietato in tutto il territorio mantovano di ritenere e divertire le acque anche se avessero origine sul proprio fondo, con la sanzione di pene molto gravi contro coloro che avessero disubbidito. Si veniva con ciò a porre tutte le acque in uno speciale stato di comunione, o più, spesso forse, di pubblicità. Se si aggiunga a ciò la proibizione del taglio delle vene che abbiamo innanzi ricordate, è chiaro che le sorgenti stesse cadevano in una speciale condizione di fronte alla proprietà individuale, condizione certamente degna di studio, come quella che al presente vorrebbe essere da alcuni riprodotta per quasi tutte le acque private in termini molto somiglianti.

Lo statuto di Reggio, similmente, derogando alle norme dei *libri feudorum*, sanciva che tutte le acque correnti che esistevano nel territorio della città, appartenessero alla Comunità di Reggio, salvi i diritti regali spettanti al Sovrano. Il senso letterale della

« ipsorum sint, *nec cogi possunt aliis ipsam concedere, sive illa indigeant* « *sive non*, quum ipsorum arbitrio possint de ea disponere et divertere quo « placuerit, etiam si domini locorum inferiorum lucrum amitterent ».

(1) Gobio, op. cit. qu. XII, n. 29: « Idque indubitatum esse stante « statuto nostro per quod facultatem hanc retinendi, seu divertendi aquas, « etiam in proprio fundo nascentes, in territorio mantuano prorsus ademptam « arbitror ».

(2) Id. ib. qu. XIII, n. 1 e segg.: « Aquarum ergo retentio seu diversio « quemadmodum et venarum incisio, eo minus in territorio mantuano erit « licita, quoniam in *proclamate diei 21 aug. 1602 penes Senatum in lib.* « *Ordinum fol. 108* aliisque subsecutis, specialiter cavetur quod nemo « disponere possit de scolatitiis nec minus aquas retinere seu divertere sub « poenis in eo comminatis ».

disposizione, come è riprodotto dal Riminaldo [1], farebbe supporre essere questa molto simile all'altra di Mantova testè veduta, e comprendere perciò anche quelle acque che provengono da sorgenti private e che si trovano su fondi anche privati. Non pare, per altro, che realmente le fosse attribuito questo senso, giacchè lo stesso Riminaldo mentre la rammenta in un suo consiglio, in cui vuole impedire la diversione di alcune acque provenienti da private sorgenti e che defluivano in un canale, se ne serve poi solo per istabilire la pubblicità di questo e non di quelle, ciò che per la sua tesi sarebbe stato certamente più utile.

Ultime di questa serie di norme, limitanti in maniera più o meno diretta la assoluta disponibilità delle sorgenti private, vengono alcune di semplice, ma a quanto sembra, costante giurisprudenza adottata dai Tribunali del Granducato di Toscana, non sappiamo precisamente fin da quale epoca, ma che certamente erano in vigore nel tempo intercedente fra la restaurazione e l'unificazione dell'Italia.

Il principio accolto da quella giurisprudenza era che l'editto del pretore *ne quid in flumine publico fiat quo aliter aqua fluat atque uti priori aestate fluxit* potesse riguardare non solo le opere fatte direttamente sul fiume, come arginature, derivazioni e simili, ma altresì tutti quei lavori compiuti anche dai privati sui terreni di loro esclusiva proprietà, che potessero però avere influenza sul corso del fiume. Era perciò possibile proporre quest'interdetto contro le diversioni che si facessero dai privati delle acque delle sorgenti di loro proprietà, ed in tal guisa si sarebbe ottenuto (qualora il proprietario delle sorgenti avesse riposto le cose in pristino) di far cominciare a decorrere a favore degli utenti inferiori il possesso necessario alla prescrizione della servitù negativa di non deviare tali acque dal loro solito corso.

Un parere del Consiglio di Stato di Toscana emesso l'11 aprile 1849 dietro richiesta dello stesso granduca e da questo

[1] A. Riminaldis, op. cit. loc. cit. n. 3: « Et confirmatur hoc ex dispo« sitione statuti Regiensis, quod vult omnes aquas decurrentes per terri« torium Regii in genere, spectare ad comunitatem Regii, salva tamen « dispositione Illmi Dñi Nostri ».

accettato per una causa in cui egli era parte principale, attesterebbe l'esistenza di questa giurisprudenza particolare [1]. Ivi infatti si legge: « La questione vertente tra..... deve decidersi ai ter-« mini del *gius romano* e delle massime dominanti nella giu-« risprudenza toscana, ed è appunto a termini delle leggi ro-« mane e della dominante giurisprudenza dei nostri tribunali, « che il principio della subbietta materia è quello per cui rico-« noscesi come indubitato che senza distinguere fiume navigabile « da fiume non navigabile, si dichiara che le acque di qualunque « fiume perenne sono pubbliche, che tutti perciò possono profit-« tarne, e perchè quest'uso venga assicurato, si vieta con l'editto « del pretore « *ne quid in flumine publico fiat quo aliter aqua* « *fluat atque usi priori aestate fluxit* » che alcuno possa pre-« valersene in modo o far cosa tale per cui il corso dell'acqua « resti per qualunque guisa alterato o deteriorato a confronto di « quello della precedente estate, tempo al quale conviene in « questa materia aver riguardo, attesochè in questa stagione sol-« tanto è dato conoscere e determinare il vero e regolare corso « dei fiumi. Queste teorie del Diritto romano sono state più « volte insegnate dagli scrittori e sanzionate dai tribunali to-« scani ».

Poniamo termine a questi cenni del diritto comune con una osservazione sulle influenze che quella legislazione, sebbene tramontata da un pezzo, può esercitare ancora al presente. Essa ha certamente dovuto dar luogo, con tutte le norme speciali che abbiamo ora notato, ad una serie di diritti quesiti secondo quelle norme, i quali non avrebbero potuto sorgere sotto la nostra legislazione. È quindi ben facile che, controvertendosi nella proprietà o sopra una servitù o nel taglio delle vene od altro, rispetto ad una sorgente situata in uno dei luoghi in cui vigevano quei particolari precetti, si verifichi che per un diritto quesito sotto le passate legislazioni, non sieno più applicabili al

[1] Nella sentenza della Corte d'Appello di Lucca 4 giugno 1900, Dosio e Moro-Comune di Firenze (*Giurispr. Ital.* 1900, I, 1, 427), in cui è riportato il parere da noi citato, si parla a lungo di tale giurisprudenza toscana e delle conseguenze che ne derivano.

caso le disposizioni del Codice civile. E ciò sarà facile in questa più che in qualsiasi altra materia, giacchè la utilizzazione delle sorgenti non data mai o quasi mai da poco tempo.

Così sotto l'impero del nostro Codice è stata riconosciuta la pubblicità delle sorgenti dell'acqua Mariana, sebbene situate in fondi privati, in virtù del Bando Pacca; e ben potrebbe esserla similmente quella delle sorgenti dell'Olona. Potrebbe in ugual modo ricorrere nella pratica il divieto del taglio delle vene ed a quello della diversione dell'acqua delle sorgenti nel Mantovano. Potrebbero da ultimo in Toscana riconoscersi in molti casi acquisite per prescrizione servitù sulle sorgenti, come appunto fu deciso nel caso della sentenza citata della Corte di Lucca, anche senza l'esistenza di opere nel fondo servente.

Sarebbe dopo ciò assolutamente superfluo aggiungere altre considerazioni per dimostrare l'importanza di quella legislazione anche nei riguardi del nostro diritto attuale.

PARTE QUARTA

DIRITTO CIVILE

§ 1. Oggetto dell'esposizione.

Per determinare fin da principio e prima di ogni altra cosa l'oggetto di questo lavoro, credo opportuno premettere una definizione della sorgente. Fra le molte che se ne danno [1] ho preferito la seguente, come quella che meglio ne rende la natura e che è anche esatta nei rapporti del diritto: *È la sorgente una manifestazione qualsiasi, alla superficie, delle vene d'acqua che scorrono nel seno della terra.*

Prescindiamo quindi dal corso che nella maggior parte dei casi ne deriva e che perciò va annoverato solo tra gli effetti suoi, avendo esso una natura specialissima ed essenzialmente diversa. Egualmente teniamo separate le sorgenti dalle vene d'acqua

[1] Durand-Claye, *Hydraulique agricole* etc. p. 276: *Sources:* « Lorsque une eau souterraine vient à paraître et à couler superficiellement, « elle constitue une source; c'est la traduction extérieure des nappes con« tinues ou discontinues..... » — Dionisotti, *Delle servitù delle acque*. U. T. E. 2ª ed. 1872, n. 73: « Le sorgenti sono un gettito d'acqua qualunque che « zampilla dal seno della terra ». — Brissonius, *Lexicon*: « Fons a fundendo « dicitur quia aqua funditur ».

che ne sono l'origine e la causa prossima, ma che però nè fisicamente, nè molto meno giuridicamente sono ad esse equivalenti, essendo le prime causa delle seconde, che, a loro volta, non sono che la manifestazione alla superficie delle prime ([1]).

Egli è ben vero che le vene, la sorgente ed il corso non sono che tre fasi diverse dello stesso medesimo fenomeno, in cui pure è sempre identico lo stato fisico e giuridico di *aqua profluens*, ond'è che, dal lato altresì del diritto potrebbero tutte e tre considerarsi giuridicamente come simili in tutto e disciplinarsi con regole comuni ([2]). Tuttavia per i concetti tradizionali accettati dalla dottrina e trasfusi nel nostro codice, e per le differenze estrinseche ed apparenti dobbiamo trattare di esse come di tre cose assolutamente distinte e separate.

Pertanto, a meno che speciali questioni non lo richiedano, non distingueremo neppure nella trattazione le sorgenti ordinarie dai pozzi, come quelli, che, all'infuori della mancanza dei rapporti riguardanti il corso, sono retti dalle stesse norme delle sorgenti. Non distingueremo nemmeno le sorgenti artificiali, i pozzi artesiani ed i fontanili, proprii quasi esclusivamente della Lombardia ([3]). Essi, invero, non si allontanano, fuorchè nelle particolarità di minor conto, dal tipo ordinario delle sorgenti di cui mantengono tutti i caratteri essenziali; non vi è quindi ragione perchè sieno regolati con norme diverse da quelle sancite per le sorgenti.

E potremmo in proposito invocare l'autorità del codice civile che non riconosce alcuna distinzione di questo genere (art. 540).

([1]) Cass. Napoli 25 gennaio 1873. Foro It. I, 1, 188.

([2]) L'appartenere così la sorgente, come le vene ed il corso alla categoria dell'*aqua profluens* renderebbe sufficientemente agevole tale sintesi, tanto più che nella pratica, vuoi per il taglio delle vene, vuoi per le norme dettate per la utilizzazione dei corsi d'acqua non appartenenti al demanio, la questione è già in molta parte risoluta. È proprio della codificazione, dal Cod. Napoleone in poi, aver così profondamente separato la sorgente dalle vene e dal corso. Nel detto comune erano considerati proprietari dell'acqua in egual misura il proprietario della sorgente, e il proprietario del fondo attraversato dal corso di questa: « Aqua quae in meo ori« tur vel per meum transit mea est ».

([3]) Romagnosi, *Condotta delle acque*. Milano, Perelli e Mariani, 1843, Introduzione II, § 35.

§ 2. Natura giuridica delle sorgenti.

L'art. 412 del C. C., migliorando la dicitura del cod. albertino ([1]), dispone tassativamente che le sorgenti *sono immobili*. Questa dichiarazione è di grande importanza per ispiegare la natura giuridica che si è voluta ad esse riconoscere.

Se le sorgenti, anche riguardate da sè sole, sono immobili, indipendentemente dal fondo in cui si trovano, esse vengono ad assumere un carattere a sè, una natura distinta da quella del fondo in cui prendono origine, *come un bene stabile per sè stesse* ([2]), diversamente da quanto abbiamo veduto che forse accadeva nel diritto romano. Ciò è confermato dalla possibilità di ipoteche, vendite, servitù e prescrizioni riguardanti esse sole, prescindendo da tutto il terreno che le circonda.

Una ulteriore conferma di ciò l'abbiamo nella esistenza nel nostro diritto del dominio diviso, che non esisteva nel diritto romano, pel quale è possibile ammettere appunto che il proprietario della sorgente non sia proprietario neppure del terreno che si trova al di sotto di essa.

Nè potrebbe opporsi l'obbiezione che il legislatore le abbia per regola generale attribuite senza distinzione al proprietario del fondo in cui si trovano, come conseguenza della proprietà di questo. Infatti il criterio dell'appartenenza, di per sè solo, non ha che vedere con la questione di cui parliamo, giacchè l'aver attribuito al proprietario del fondo la proprietà della sorgente non significa certamente aver unificato ed identificato le due cose. Se il codice non avesse parlato in proposito, allora certamente, costretti a fare da per noi una costruzione giuridica, non saremmo potuti mai giungere sino al punto di attribuire

([1]) Cod. Albert. art. 403: « Le sorgenti, i serbatoi, i corsi d'acqua « *si considerano come immobili* ». La portata di questa formula non è, neppure teoricamente, diversa da quella attuale, che però è molto più logica e giuridica.

([2]) Traina, *Le servitù legali sulle acque*. Palermo, Lauriel, 1873, p. 50 fine.

alla sorgente un'entità giuridica speciale. Ma quando esso, dopo aver dichiarata la natura immobiliare delle sorgenti, le attribuisce al proprietario del fondo in cui sorgono, afferma certamente con ciò il loro carattere individuale e la distinzione che intercede tra il fondo e la sorgente.

Del resto, dovendo il legislatore attribuire a qualcuno le sorgenti, posto che non le abbia volute riservare al demanio, non poteva far altro certamente che attribuirle al proprietario del fondo cui si trovano collegate da uno speciale rapporto (1).

Passiamo ora ad analizzare la questione, dai trattatisti solo accennata in generale, se cioè la sorgente appartenga, nel nostro diritto, al proprietario del fondo in cui sorge, come parte del fondo stesso o come accessione di esso, ovvero come semplice conseguenza del principio che il proprietario del fondo è anche proprietario del sottosuolo e dello spazio sovrastante. Le tre posizioni enunciate hanno qualche punto comune fra loro, ma astrattamente non è difficile distinguerle con precisione.

Per quel che potemmo riscontrare, le opinioni degli scrittori sono su ciò molto discordi.

È quasi assolutamente propria del diritto francese l'opinione che l'acqua appartenga al proprietario del fondo, in virtù del del principio che la proprietà del suolo importa quella di ciò che si trova sopra e sotto ad esso *usque ad coelos et usque ad inferos* per dirla con una frase scolastica. Questa formula però non può dirsi che sia, sotto nessun rapporto, una spiegazione od un enunciato almeno di una teoria, ma è piuttosto una conseguenza od un corollario di teorie e di principii giuridici, che, se può avere qualche valore nella pratica e nella scuola, non mi sembra che possa averne affatto nell'ambito della scienza.

(1) Nei *motivi del Cod. Albertino* (art. 403) si legg: 1° *Progetto* « Le sorgenti. . . . immobili e così pure i condotti. . . . . od altro « fondo. . . . questi sono considerati far parte del fondo cui le acque deb« bono servire ». — 2° *Progetto* (Non è variato l'articolo). — Sezione di Grazia e Giustizia: Si è separato l'articolo in due parti distinte, facendo del disposto rispetto ai condotti un' alinea dell'articolo; attesochè le sorgenti, i serbatoj, i corsi d'acqua *sono immobili per sè stessi, indipendentemente all'accessione di essi ad un immobile*, il che non accade rispetto ai condotti (*All'unanimità*).

Ed è strano vedere l'applicazione continua che gli scrittori francesi fanno di questa formula [1], sebbene non manchino di quelli i quali uniscono ad essa le altre teorie già sopra enunciate [2].

Altri autori, e fra questi anche alcuni italiani, considerano la sorgente come parte [3], ed alcuni in ispecial modo, come parte essenziale del fondo [4], come la terra che lo costituisce. Da questa natura giuridica attribuita alla sorgente deriverebbe il diritto del proprietario del fondo sopra di essa.

Questa teoria trova però nel nostro diritto ostacolo nel fatto che il codice ha riconosciuto alle sorgenti una natura speciale, qual'è quella di immobile distinto dal terreno circostante, per cui ha pure dovuto sancire espressamente il riconoscimento della proprietà di esse al padrone del fondo da cui originano.

Non può quindi essere lecito all'interprete, di fondere nuovamente insieme questi due concetti, del terreno cioè e della sorgente, come avveniva nel diritto romano e nel diritto comune, ma è necessario mantenerli distinti, pur non disconoscendo l'intimo nesso che intercede fra loro. Del resto, col dire che la sorgente è parte del fondo, non si dà neppure una spiegazione

(1) Garnier, *Régime des eaux*, Paris, Pillet, aîné 1840, t. III, n. 705. — Toullier, *Le droit civil français*, Bruxelles, Stapleaux, 1824, t. III, n. 131. — Laurent, *Principes de Dr. Civ.* Bruxelles, Paris, 1871, vol. VII, c. II, n. 178. — Picard, *Traité des eaux. Droit et administration*, Paris, Rotschild, 1890, t. I, § 2.

(2) Così ad esempio il Pardessus, *Traité des services fonciers*, Bruxelles, Wahalen, 1841, P. II, c. I, n. 76, usa parallelamente la formula di cui sopra e il principio dell'accessione; il Demolombe, *Cours de Code Napoléon. Traité des servitudes*, Paris, Imprimérie générale, 1876, t. I. n. 63, all'incontro sostituisce al principio dell'accessione l'altro per cui l'acqua sarebbe parte del fondo.

(3) Lomonaco, *Istit. di Diritto civile italiano*, 2ª ed. Napoli, Jovene, 1894, vol. III, p. 266. — Pacifici-Mazzoni, *Le servitù legali*, 2ª ed. Firenze, Cammelli, 1874, n. 62. — Proudhon, *Du domain public*, Bruxelles, Tarlier, 1835, vol. II, n. 1344.

(4) Demolonbe, op. cit. loc. cit. « Celui qui a la propriété d'un fonds « a donc par cela même aussi la propriété de l'eau qui s'y trouve renfermée, « *et qui en est une partie intégrante*, tout comme la terre et le sable et « les pierres, qui constituent le sol ».

completa del rapporto giuridico in forza del quale è stato riconosciuto al proprietario dell'uno il dominio dell'altro, perchè ciò potrebbe essere avvenuto tanto se il legislatore l'avesse considerata come parte essenziale, quanto se l'avesse ritenuta una semplice accessione.

Abbiamo già accennato alle ragioni che si oppongono alla concezione della sorgente come parte essnziale del fondo, anche se venga presa soltanto nel senso di parte costitutiva, che cioè unita alle altre, onde vien formata la cosa composta, costituisce un tutto omogeneo (1). Avendo il codice creato una categoria di immobili a sè per le sorgenti, non può mai parlarsi di esse come di parti costitutive del fondo (2) in cui nascono.

Vediamo ora se alla dottrina ed alla lettera del codice si opponga la opinione che considera la sorgente come accessorio del fondo, ed in virtù dello stesso rapporto di accessione ne attribuisce il dominio al proprietario di questo.

Dire che la sorgente è una accessione del fondo e che in virtù di tale rapporto di accessione essa appartiene al proprietario, non è in alcun modo un negare la natura ed il carattere della sorgente, e molto meno sottrarre ad essa la speciale individualità che il codice le ha riconosciuto. Si hanno infatti nel diritto molti esempii, ove l'accessione non costituisce soltanto un modo di essere, una qualità della cosa principale, ma assume un carattere individuale vero e proprio come la alluvione stessa, per non dire della « *avulsio* », dei frutti e del parto.

Se pertanto questi casi, sebbene fra loro molto disparati, si fanno generalmente rientrare tutti nella formula dell'art. 443 C. C. così non deve parere strano che noi vi riconduciamo anche quello della sorgente. Si ha infatti, qui, come negli altri esempii di accessione, che il proprietario del fondo, per mezzo ed a cagione di questo suo diritto, acquista in virtù dell'art. 540 C. C.

(1) Per la parte costitutiva vedi Windscheid, I, § 142.

(2) A questa opinione aderì anche talvolta la nostra giurisprudenza. Cfr. *Cass. Napoli*, 10 agosto 1894, Cartisano e Pugliatti (*Mon. giur.* IV, 442; *Gazz. Proc.* XXVI, 461), ed anche più esplicitamente escludendo espressamente la accessione. App. Genova, 18 dic. 1894, Guglielmi-Raimondo Notari (*Temi gen.* VII, 47: *Legge* XXXV, 1, 191).

la proprietà della sorgente, giacchè quell'articolo null'altro ricerca per assegnare la proprietà della sorgente, fuorchè l'appartenenza del fondo circostante. È, in altre parole, il solo fatto della unione che intercede tra il terreno e la sorgente, che determina la proprietà di questa, ed è appunto ciò che pure determina e caratterizza la accessione (1).

Da ultimo, anche se si volesse considerare l'acqua della sorgente come una produzione del fondo, riconducendola per ciò ad una categoria simile a quella dei frutti o dei prodotti minerali, come fanno il Romagnosi (2), ed in parte anche il Proudhon (3) non si potrebbe neppure allora disconoscere il rapporto di accessione che intercede fra essa ed il fondo. Il concetto di *produzione* anzi, come quello che specifica la intima natura dell'acqua viva della sorgente, riesce a chiarire ben facilmente il fatto della accessione, sebbene, nella pratica, non crediamo possa poi riuscire di grande utilità. È poi da aggiungere che, se ciò può dirsi per l'acqua della sorgente, non è possibile applicarlo alla sorgente stessa, per le medesime ragioni per cui non possiamo considerarla come parte, avendo cioè il codice fatto della sorgente un immobile di natura distinto dal fondo.

Accettiamo pertanto la teorica della accessione per rapporto alle sorgenti, ed è poi indifferente per noi qualunque delle teorie formulate circa la natura di questa accessione, essendo tutte egualmente adattabile alla nostra tesi (4).

(1) Gianzana, *Teorica delle acque private*. Estratto dal *Digesto It.* Un. Tip. Ed. 1884, nn. 700 e 708. — Meucci, *Istituzioni di Diritto amministrativo*, 3ª ed. Torino, Bocca, p. 355. — Tiepolo, *Le acque pubbliche nella legislazione italiana*, 2ª ed. Un. Tip. Ed. Torino, 1889, nn, 56, 57, 58.

(2) Romagnosi, *Ragione civile delle acque*, § 358, nota.

(3) Proudhon, op. cit. loc. cit.

(4) Così ad esempio quella che ritiene l'accessione come un modo d'acquisto per occupazione fatto dalla casa principale, e quella che la ritiene una semplice estensione della cosa principale su cui rimane sempre lo stesso diritto di proprietà (Girard).

esser messa nel novero delle demaniali, che venga riconosciuta come tale dalla competente autorità; anzi in molti casi, come ad esempio per le strade e per gli edifizi pubblici, sarà essa soltanto che, coll'ammettere o col togliere la *relazione solidale di pubblicità*, come dice il Romagnosi, « dà o toglie ad esse il carattere di demaniali ».

Però vi sono pure molti casi nei quali la natura stessa caratterizza alcune di queste cose come inservienti all'uso pubblico. In tal caso lo Stato non dovrà che riconoscere l'interesse pubblico cui esse soddisfanno e non potrà mai destinarle esso direttamente a questo scopo, o toglierle da questa destinazione.

Prendiamo ad esempio i fiumi. Interessi pubblici a cui essi servono sono certamente la navigazione, i trasporti, l'irrigazione e la pesca. Ma oltre questi, sui quali lo Stato può direttamente influire con la sua autorità, ve ne ha molti altri sui quali l'autorità, dello Stato non può in alcun modo direttamente applicarsi. Così i fiumi adempiono anche all'ufficio di colatori naturali ad estesissime regioni, salvaguardandole dalle inondazioni: sono un importante fattore per le condizioni climatologiche ed idrografiche in generale, senza parlare degli interrimenti, delle corrosioni ecc. Ora è certo che lo Stato ha un interesse speciale in tutti questi fatti, interesse che non può ma i esser lasciato alla balia di privati proprietarii che potrebbero gravemente comprometterlo, come è pure certo che esso non può distoglierli da tali funzioni.

Passando ora alle applicazioni, questione molto importante a tal proposito, e la cui soluzione sarà anche utile per il nostro assunto, è vedere fin dove un fiume od un corso d'acqua demaniale qualsiasi (ritenuta non tassativa la enumerazione dell'art. 427) debba dirsi pubblico. Dopo quello che siamo venuti esponendo fin qui, non è molto arduo dare una risposta. Abbiamo veduto che una cosa deve ritenersi demaniale quando è destinata all'uso pubblico: ebbene, quando noi, risalendo il corso di un fiume, giungiamo ad un punto in cui esso, non solo non sia più un « fiume » — *magnitudine atque aestimatione circumcolentium* — ma non sia più adatto, e per la poca quantità di acqua e per la limitazione del territorio cui può esser utile, ad alcun uso pubblico, si dovrà convenire che tale corso ha mutato natura

e di pubblico che era, è divenuto semplicemente privato. Egli è ben vero ciò che asserisce il Pacifici-Mazzoni [1] che il fiume è tale, e perciò pubblico, in tutto il suo corso: ma dove incomincia il fiume? Potremo dire che il ruscello, il quale dà in una regione ricca di acque, come suole accadere dalle origini dei fiumi, una quantità molto piccola di tale elemento, sia un fiume od un corso d'acqua demaniale? No indubbiamente, essendo questo affattto incapace di servire a qualsiasi scopo di utilità generale. E dove dunque dovremo noi riconoscere il termine del corso demaniale? Come abbiamo già detto, esso finirà precisamente colà dove non potrà più verificarsi un uso pubblico. In questo punto si verificheranno facilmente casi molto diversi, ma sempre il diritto dovrà rimanere immutato.

Nè varrebbe obbiettare che quel tratto di corso che non serve ad usi pubblici è un presupposto *necessario* del corso demaniale, perchè in tal modo, se il ragionamento fosse esatto, si dovrebbe giungere a riconoscere come demaniali anche quei minimi rigagnoli i quali si scaricano in corsi d'acqua di niuna importanza, ma che potranno essere al più dei subaffluenti di qualche corso demaniale. Ora ciò, nel nostro diritto positivo, è certamente erroneo, sia perchè il codice stesso riconosce l'esistenza di corsi d'acqua non demaniali, sia perchè è certamente falso che un *presupposto necessario* di una data cosa debba avere la stessa natura di questa.

E per ora non ci dilunghiamo di più su questo punto dovendoci tornare più estesamente tra breve [2].

[1] *Della distinzione dei beni* ecc. Firenze, Cammelli, 1870, n. 67, p. 80.

[2] Questa opinione è stata accettata nella recentissima legislazione francese colla legge sul regime delle acque dell'8 aprile 1898; la quale nell'art. 34 dice: « Les fleuves et les rivières navigables ou flottables, avec « bateaux, trains ou radeaux font partie du domain public depuis le point « où il commencent à être navigables ou flottables jusqu'à leurs embouchure ». Tale opinione del resto era stata contradetta solo da M. d'Aguesseau, in una delle sue *requêtes* (12ª requête, t. VII, pp. 337-341), ma probabilmente più come difensore dei diritti del demanio, che come giurisperito. Il Proudhon stesso (Du domain public, I, n. 752) difensore tenace dei diritti del demanio, si arrende su questo punto, riconoscendo il carattere privato di queste acque,

§ 4. Sorgenti demaniali e private.

Non può dubitarsi che tutte quelle sorgenti le quali si manifestano in luoghi appartenenti al pubblico demanio (bosco, montagna demaniale, ghiacciai, alveo di fiumi) siano demaniali come il terreno in cui sorgono: perciò esse sono soggette per la loro utilizzazione a tutte le regole riguardanti le cose demaniali.

Sorge invece la questione se le sorgenti che si trovano in fondi privati possano talvolta esser demaniali.

La cosa ha uno speciale interesse quando trattasi delle sorgenti di maggiore importanza, e di quelle, in particolar modo, che da sole formano od alimentano molto notevolmente un fiume od altro corso d'acqua pubblico.

Esponiamo qui brevemente le varie opinioni affermative, con poche osservazioni critiche, riserbandoci di discutere *ex professo* questo punto più innanzi.

Il ragionamento che fanno a questo proposito il Giorgi [1] ed il Pacelli [2] può riassumersi, quasi scolasticamente in questi termini. Stabilita la demanialità del fiume, è giuocoforza ammettere che il *caput fluminis* (designando con questo nome le grandi sorgenti in questione) è, come essenziale ad esso, a sua volta altresì demaniale.

Ma col rispetto dovuto a tali autori e specialmente al Giorgi, il loro ragionamento non vale, giacchè, per lo meno, sarebbesi dovuto anzitutto dimostrare che, pur non essendovi, come non vi è, una legge positiva che lo stabilisca, sia di necessità logica ammettere che la parte essenziale della cosa demaniale vada trat-

---

sebbene poi attribuisca all'amministrazione una certa ingerenza anche sopra di queste. V. pure Garnier, *Régime des eaux*, I, n. 66. La questione del resto era già stata risoluta dalle lettere patenti di Luigi XIV (aprile 1683) che consideravano come sottoposti alla corona i corsi d'acqua « *depuis le lieux où elles sont navigables, sans excluse ni artifice* ».

[1] *Dottrina delle persone giuridiche*. Vol. III, n. 163.

[2] *Le acque pubbliche* ecc. Bocca-Torino, 1899, n. 81 e segg., 84 e segg.

tata come il tutto: ciò che è certamente falso. (E si noti che noi qui daremmo per dimostrato che la sorgente sia tuttora *parte* del *fiume*, quando cioè questo abbia già assunta la sua entità giuridica).

Ma, a persuadersi che nessuna necessità logica esista al riguardo, non occorre una lunga dimostrazione; basta rammentare il fatto che la riva, pur essendo parte essenziale di un fiume, non è tuttavia, neppure nel nostro diritto, demaniale: che l'alveo stesso nel progetto Cassinis del nostro Codice era attribuito ai riveraschi, e nessuna di tali disposizioni è stata criticata da alcuno come illogica. Forse l'equivoco nasce dalla facilità con cui può scambiarsi il significato della parola *parte* nel senso di *elemento costitutivo della cosa composta*, quale ad esempio sarebbe un metallo rispetto ad una lega, con l'altro che pure può assumere *porzione omogenea della cosa composta*, ad esempio, per servirsi dello stesso paragone, una determinata quantità della lega medesima; ed è ovvio lo scorgere in quale gravissimo errore si possa cadere, anche con ciò solo. Checchè sia di questo, osserviamo che il Giorgi, riduce la proprietà delle sorgenti *caput fluminis* al semplice « rispetto dei diritti di uso acquistati prima della dichiarazione del carattere demaniale » [1]; ma ciò aper-

[1] Trattando del diritto comune, vedemmo come anche allora i fiumi erano tutti demaniali. Quindi la dichiarazione del « carattere demaniale » fatta dal Codice civile, di cui parla il Giorgi, non ha nulla innovato in proposito; essa non ha fatto altro che riconoscere lo stato di diritto che già esisteva, indistintamente per tutta l'Italia. La medesima cosa è accaduta in Francia rispetto ai fiumi navigabili ed atti al trasporto, che sono rimasti nello stesso stato, rapporto al diritto civile, in cui erano al tempo di Luigi XIV. All'infuori quindi degli argomenti che volessero desumersi da una interpretazione esegetica del Codice civile, la discussione sulla demanialità di tali sorgenti non può farsi che cogli stessi argomenti di indole generale dei quali si sono valsi il Pecchio, la S. Rota e via dicendo.

In conseguenza della demanialità dei fiumi preesistente al Codice civile, è pure da notare che non rimane molto chiara la frase del Giorgi che allude ai « diritti d'uso acquistati prima della *dichiarazione del carattere demaniale* ». Abbiamo visto che allora esisteva anche in queste sorgenti un vero dominio privato: come quindi può parlarsi di diritti d'uso acquistati, a quanto sembra, dai proprietarii sotto le legislazioni passate?

tamente contraddice con la disposizione *assoluta* e *generale* (non *generica* come dice il Pacelli) [1] dell'art. 540 del Codice civile.

Nè tampoco ci sembra esatto quanto aggiunge lo stesso Giorgi per dimostrare la poca entità di questa limitazione, dato il piccolo numero di tali sorgenti. Giacchè, a parte che queste, anche prescindendo dai ghiacciai delle Alpi, ricordati dall'autore, non sono così poco numerose come egli crede, è certo che i criterii per decidere se una sorgente sia o no *caput fluminis* non potrebbero essere sempre gli stessi, a causa delle grandi differenze che si riscontrano nelle condizioni idrografiche col variare dei luoghi. Le continue questioni, cui si farebbe luogo, sono invece evitate con l'art. 540 del nostro Codice.

Del resto il verificarsi di un danno agli usi pubblici per mezzo della diversione delle sorgenti *caput fluminis* non potrebbe essere un argomento a sostenere la loro demanialità, qualora si dimostrasse, come faremo in seguito, che lo Stato ha a sua disposizione mezzi sufficienti per ostacolare tali danneggiamenti.

Il Giorgi, poi, ritiene che non sono *assolutamente private* altro che quelle piccole sorgenti che non escono dal fondo in cui si manifestano. In tutte le altre quindi, per la ragione dei contrarii, sembrerebbe che dovesse ritrovarsi sempre una pubblicità più o meno grande. Anche ciò ci sembra inesatto: è giusto bensì parlare di un uso pubblico più o meno grande, ma non di graduare la pubblicità, cioè la demanialità, delle acque in genere e delle sorgenti in particolare. Infatti, o l'uso pubblico che su di queste si esercita può farle collocare fra le acque demaniali, ed allora esse ricadranno sotto la disposizione dell'art. 427 Codice civile e della legge sui lavori pubblici ecc.: o l'uso non sarà tale, ed allora esse saranno sempre private: o tutto al più potrà gravare sopra di esse una servitù di uso pubblico.

In altre parole: o egli usa la denominazione *pubblico* come sinonimo di demaniale, ed allora non potrà parlarsi di sorgenti più o meno private: esse dovranno essere o demaniali o private,

[1] Op. cit. n. 81.

salvo qualche servitù di uso pubblico, perchè il nostro Codice non ammette classi intermedie fra queste due.

Ovvero egli usa le denominazioni di *pubblico* e di *privato* non nel senso ad esse attribuito dal Codice, ma in un significato più lato, considerandole in rapporto all'uso pubblico che si esercita sulle sorgenti, ed in questo caso non ci sembra esatto dire che siano private solo quelle minime sorgenti che non escono dal fondo in cui hanno origine, perchè non crediamo che possano designarsi col nome di *pubblico* anche soli otto o dieci proprietari cui possa, in un modo od in un altro, interessare un rigagnolo che attraversi o costeggi le loro proprietà.

Il Pacelli [1], a sua volta, asserisce che « la pubblicità di « una massa d'acqua dipende dalla sua grandezza, non dalla « pertinenza del suolo su cui scorre, sicchè quando la sorgente « sia tanto grande da costituire *caput fluminis*, è pubblica, anche « se abbia origine in un fondo privato ». Questa proposizione ci sembra assolutamente erronea. Non è nè la grandezza nè la pertinenza del suolo su cui l'acqua corre che ne determina il carattere pubblico, bensì l'uso pubblico che sopra questa si eserciti. Potrà quindi, almeno teoricamente, darsi benissimo un corso d'acqua, anche di gran volume, che sia esclusivamente privato, ed un rivo, sia pure di minima importanza, che debba enumerarsi fra le cose pubbliche.

Vedremo più innanzi che cosa debba dirsi della identificazione della sorgente col suo corso nei rapporti della demanialità, identificazione che il Pacelli fa anche a proposito della dichiarazione di pubblicità di un *corso d'acqua*, emessa dall'autorità amministrativa in base alla legge sui LL. PP. [2]. Questa legge, è bene notarlo fin d'ora, non parla di sorgenti, e non poteva parlarne, secondo noi, se non derogando al Cod. civ.

Egli crede che in seguito alla dichiarazione in questione la sorgente *caput fluminis* debba dirsi demaniale come il corso da essa originato; pur lasciando libero alle autorità amministrativa e giudiziaria di giudicare, come per i corsi così pure per le sorgenti, quali debbano dirsi pubbliche e quali private.

[1] Op. cit. n. 81.
[2] Op. cit. n. 83.

Senza ripetere qui tutte le risposte che si fanno alla teoria avversaria, rileviamo solo una difficoltà che si oppone a questo ultimo punto.

Il Codice civile distingue espressamente i corsi d'acqua in pubblici o privati, ma non dice tassativamente (secondo il significato generalmente attribuito all'art. 427) quali appartengono alla prima e quali alla seconda di queste categorie. Non può quindi esservi alcuna difficoltà per riconoscere alle autorità amministrativa e giudiziaria il potere di classificarle secondo i criterii che dal Codice stesso e dalla legge sui lavori pubblici possono desumersi. Non avviene così per le sorgenti: rispetto alla loro appartenenza il Codice non ha che la norma dell'articolo 540 che le riconosce tutte di dominio privato. Perciò dato anche, e non concesso, che questa norma non dovesse valere altro che come una presunzione *ex lege*, e, *iuris tantum*, non è chi non veda la grandissima differenza che passa fra il caso in esame e quello dei corsi d'acqua in generale.

Per questi si è già detto che nessuna presunzione esiste sulla loro natura, all'infuori che per i fiumi ed i torrenti riconosciuti espressamente demaniali dal Codice; ed è demandata espressamente alla pubblica amministrazione la tutela delle acque pubbliche (¹). È perciò in sua facoltà di stabilire i criterii secondo i quali, sia pure con effetti limitati, tale tutela debba venire esercitata. A tal fine l'autorità amministrativa fu incaricata di formare gli elenchi delle acque pubbliche, i quali, qualora non venga proposto reclamo contro di essi innanzi alle competenti autorità giudiziarie, acquistano piena efficacia (²). Abbiamo visto come, al contrario, per le sorgenti non esista nulla di tutto ciò, ma invece viga per lo meno una presunzione, per cui debbono ritenersi private tutte le sorgenti.

Perciò anche da un punto di vista puramente formale, una volta che la legge ha così distinto le sorgenti dai corsi d'acqua, non si possono applicare a quelle le disposizioni sulla distinzione e la tutela di questi ultimi.

(¹) *Legge sui lavori pubblici*, art. 91.

(²) *Legge sulle derivazioni di acque pubbliche*, 10 agosto 1884, art. 25.

Se quindi gli elenchi ordinati dalla legge sulle derivazioni d'acqua del 1884 dovessero comprendere anche le sorgenti *caput fluminis*, si avrebbe, anche solo per le ragioni ora dette, piuttosto una espropriazione per pubblica utilità o meglio una vera confisca, attesa la mancanza di qualsiasi indennizzo, che una dichiarazione di pubblicità.

II. Il Tiepolo [1] comincia dall'osservare che la frase *usare a piacimento* dell'art. 540 Cod. civ. non è equivalente ad una dichiarazione di proprietà. Poi però accetta che la proprietà della sorgente sia una conseguenza della proprietà del fondo, ma crede che quella sia limitata; perchè altrimenti « si dovrebbe « uscire fuori anche dalla linea che segna l'ambiente della pro- « prietà *usque ad sidera, usque ad inferos*... e spingere gli « effetti del dominio sull'elemento che vaga al di là dei nostri « confini e che va a raggiungere quei confini che gli sono ri- « serbati nel gran mare dell'essere acqueo » (sic!).

Che cosa vi sia di strano nel fatto che gli effetti della proprietà si risentano fuori della cerchia in cui essa si esercita, non si comprende: è questo un fatto talmente ovvio e così comune che non si capisce perchè possa esser tanto preoccupato il ch. autore. Così nelle costruzioni è molto facile toglier l'aria e la luce ai vicini, pur mantenendosi entro i limiti della legge; e ad evitare questo inconveniente si acquistano spesso dal vicino le servitù « *altius non tollendi* » o « *ne luminibus officiatur* ». Del resto, qualora pure si considerassero delle sorgenti molto piccole, è ben naturale che se il proprietario le devii o le utilizzi in un modo qualunque, gli effetti dell'esercizio del suo diritto si risentiranno anche fuori della sua proprietà, ma questo certamente non può essere un argomento contro la assoluta proprietà delle sorgenti.

Venendo poi alla discussione sulle sorgenti *caput fluminis*, il Tiepolo crede che il proprietario del fondo in cui si trovano, non ne abbia una assoluta padronanza, ma non possa far altro che disporne dentro i limiti del fondo stesso, e parifica l'Am-

[1] *Le acque pubbliche nella legislazione italiana*. Torino, Un. Tip. Ed., 1889, nn. 37, 56 e segg.

ministrazione publica ai privati, che per l'art. 545 Cod. civ., possono esigere che le acque superflue siano lasciate al corso ordinario [1]. Ci sembra che tutto ciò sia molto vago, specialmente in rapporto alla « utilizzazione nel fondo ». Si è voluto parlare soltanto del fondo in cui l'acqua si manifesta? Ma allora ciò è in antitesi stridente con l'istituto dell'acquedotto forzoso, che il nostro Codice ammette, al contrario del francese, e per cui chiunque abbia diritto di servirsi di un'acqua può esigere il passaggio per essa sui fondi altrui [2]. O si è voluto parlare di tutti i fondi appartenenti al proprietario della sorgente ed allora non si comprende quale sia il vantaggio che si potrebbe attendere da tale teoria.

Ed apparisce anche inutile limitandosi essa alle acque superflue, per le quali la legge riconosce già ai proprietarî inferiori il diritto di reclamare contro le disposizioni che fossero loro nocive. Neppure si comprende perchè, parificandosi l'Amministrazione publica ai privati nei vantaggi, non si sia parificata anche negli obblighi, riconoscendo in lei, come nei privati, il dovere di pagare un compenso al proprietario della sorgente secondo il disposto dell'art. 545.

O si vorrebbe impedire qualsiasi diversione senza però dichiarare demaniale la sorgente, ed allora tale teoria non ha alcun valore sia perchè non corrisponde a questo scopo, sia perchè non è fondata sopra alcun argomento positivo, contradicendo anzi allo spirito e alla lettera degli art. 540 e segg.

III. Il Garnier [3] trasporta alle sorgenti *caput fluminis* la regola che il Codice dà per le sorgenti, la cui acqua sia necessaria agli abitanti di un Comune. Ritiene cioè che lo Stato possa vietare la diversione di una di queste sorgenti, pagando al proprietario di essa una indennità « parce que ces sources et « ces affluens appartiennent d'après le droit commun aux pos- « sesseurs des héritages qui les renferment ». — Molto impor-

[1] Op. cit. n. 77.

[2] Art. 598 Cod. civ.

[3] Garnier, *Régime des eaux*. Paris, Pillet aîné, 1839, vol. III, nn. 747-748.

tante per il nostro studio è questa dichiarazione del carattere privato delle sorgenti in questione, tanto più preziosa in quanto che il Garnier discute ivi l'opinione di coloro che sostengono la demanialità di quelle fra le sorgenti *caput fluminis* che danno origine dal punto stesso in cui sorgono ad un corso d'acqua navigabile o atto al trasporto.

Questo autore sostiene che col pagamento dell'indennità al proprietario della sorgente, lo Stato acquista la proprietà di questa ovvero semplicemente un diritto di servitù, secondochè si tratti di una sorgente da cui abbia origine, dal punto stesso in cui si manifesta, un corso d'acqua navigabile o atto al trasporto, ovvero di sorgenti il cui corso non possa dirsi pubblico (secondo la norma del Codice francese) che più in basso e più o meno lontano dal punto di origine [1].

Anche la soluzione del Garnier, a dir vero, ci sembra alquanto arbitraria. Il diritto accordato al Comune in caso di necessità a fine di impedire la deviazione della sorgente, la cui acqua soddisfaceva ai bisogni più urgenti della vita dei suoi abitanti, è una difesa concessa dalla legge ad impedire liti pericolose ed a salvaguardare la publica incolumità, che potrebbe esser compromessa anche in intervalli di tempo molto brevi. Ed è perciò che la legge accorda in tal caso tutti i rimedî possessorî dall'opposizione violenta, in virtù del principio che *vim vi repellere licet* purchè *in incontinenti*, a tutte le azioni possessorie ed anche petitorie.

Non può pertanto esser lecito trasportare questa regola così straordinariamente eccezionale ad alcun altro caso, mancandovi l'espresso consenso della legge. E molto meno può applicarsi alle sorgenti *caput fluminis*, a qualunque classe esse apparten-

[1] Ibid. n. 748. «... Nous ne saurions partager cette opinion: que « la navigabilité ait lieu au point où la source sort de terre, ou plus bas. « nous pensons que l'état *n'a droit de propriété dans le premier cas, ou « de servitude dans le second*, qu'à la condition de payer une indemnité; « qu'il y en est de même lorsqu'il veut empêcher les riverains de disposer « des affluens, parce que ces sources et ces affluens appartiennent, d'après le « droit commun, aux possesseurs des héritages qui les renferment. Cette « solution ne recevrait d'exception qu'après trente ans de prise de possession « par l'état, sans reclamation des particuliers ».

gano, anche perchè non ricorre mai, rispetto ad esse, una necessità così urgente, non potendo certo consumarsi in un tempo molto breve l'offesa ai diritti del Demanio, che si vorrebbe scorgere nella diversione di tali sorgenti. E ciò con tanto più di ragione che nella maggior parte dei casi, per le condizioni oro-idrografiche dei luoghi, anche se si divertano le acque di una sorgente, molto facilmente, esse, dopo un percorso più o meno lungo, tornano al loro letto primitivo; ragione per cui il danno publico sarebbe sempre molto limitato, e spesso anche del tutto inesistente.

Il Sig. D'Aguesseau tentò una volta di sostenere la demanialità di tutti i corsi d'acqua che affluiscono in quei maggiori navigabili o atti al trasporto (1).

Non dice però se egli comprendesse in questa sua teoria anche le sorgenti; crediamo tuttavia col Garnier che questo autore abbia agito più con la coscienza del magistrato, scrupoloso difensore dei diritti del demanio, che da giurista tranquillo. Comunque sia, egli è certo che questa opinione non incontrò favore, nè fu mai in alcun tempo applicata. Sarebbe del resto così grave il fatto di questa rete demaniale gettata, per così dire, al di sopra delle proprietà private, e così in contrasto col sistema e colle disposizioni stesse del codice, che anche ciò soltanto basterebbe ad indicar chiaramente l'assurdità di queste teorie.

È molto istruttivo a tale proposito rammentare che il Proudhon, sebbene sostenitore, anche un po' parziale talvolta, dei diritti del demanio, quando si tratta di definire da qual punto un corso d'acqua comincia ad appartenere al demanio, cerca di rivendicare ad esso il più possibile dei diritti che possono competergli e, pur ricordando la grande importanza delle sorgenti, non si attenta mai a far questione sulla loro natura, e solo dice che l'amministrazione potrà vietare le prese d'acqua fatte dai riviraschi nella parte non navigabile nè atta al trasporto di un corso d'acqua (2).

(1) D'Aguesseau, tom. VII, 12ème requête, *Affare del Sig. di Laurencier contro il demanio*, pp. 337 a 341.

(2) Proudhon, op. cit. vol. I, n. 753: « D'autre part il n'est moins « certain qu'une rivière ne devient navigable dans ses parties inférieures

V. È celebre fra gli scrittori di diritto [1] una sentenza non recente della Cassazione francese [2] la quale si arrischiò a sostenere che « ces reglès (della proprietà privata delle sorgenti) « reçoivent exception au cas où les eaux ont été volontairement « abandonnées à la communauté irrigative: elles prennent alors « le caractère d'eaux publiques et courantes, et la loi crée en « ce cas en faveur des riviérains des droits qui modifient ceux « du propriétaire primordial ». Il Laurent nella critica che fa di tale sentenza, osserva che essa introduce arbitrariamente e senza il minimo fondamento giuridico una nuova limitazione alla proprietà delle sorgenti in seguito all'uso fatto della loro acqua dai proprietarii inferiori, oltre quelle già stabilite dalla legge per i comuni che ne abbisognano, o per impedire il disperdimento delle acque superflue. Con ciò essa si è sostituita alla legge, mentre doveva interpretarla.

Da un altro punto di vista noi osserviamo come sia arbitraria la veste di demanialità, che dicesi assunta da quell'acqua, dopo che questa sia stata abbandonata per qualche tempo alla comunità irrigativa. Si suppone infatti che il corso non sia demaniale, e viceversa si vorrebbe dire pubblica la sorgente che gli dà origine: anzi dal fatto del semplice non uso della cosa propria si vorrebbe far derivare la mutazione della natura giuridica di questa.

VI. Il Consiglio di Stato in una recente sentenza [3], decidendo sulla natura giuridica dell'unica sorgente del fiume Melfe, dopo aver sostenuto che l'autorità amministrativa ha il potere di riconoscere la natura publica o no delle varie acque, fra gli altri argomenti, diceva: « Attesochè nella specie l'ingegnere

---

« qu'au moyen des eaux qui s'écoulent dans son lit dès la source: il faut « donc, pour lui donner et conserver sa navigabilité, que l'administration « publique puisse défendre de pratiquer dans sa partie supérieure, même « dans les ruisseaux y affluent, les prises d'eau que la loi permet pour l'ir- « rigation des fonds riverains (644) dans les ruisseaux ou rivières qui ne « sont ni navigables ni flottables... ».

[1] Laurent, op. cit. vol. VII, n. 192 e segg.

[2] 19 nov. 1855. — Dalloz 1856, 1, 345.

[3] 2 aprile 1897. — Comune di S. Donato c. Ministero dei LL. PP. (Giurispr. italiana, 1897, III, 130).

« capo della provincia, in seguito ad ispezione della località
« controversa constatò che la *fonte capo d'acqua* di cui si tratta,
« e che per la sua abbondanza di litri 1500 a minuto secondo
« dà origine dal punto stesso in cui sorge al corso perenne del
« fiume Melfe, non si trova punto fuori dell'alveo stesso; ed
« appunto dietro una tale constatazione il Ministero in confor-
« mità del voto del Consiglio Superiore dei lavori pubblici, rite-
« nendo il carattere pubblico dell'acqua ebbe a revocare il de-
« creto prefettizio che aveva reputata non necessaria la conces-
« sione pel supposto carattere della sorgente..... ».

Da queste parole si è voluto dedurre che quell'alto consesso abbia riconosciuto e sanzionato la teoria del *caput fluminis.* Noi per contrario leggiamo in esse una conferma della teoria privatista e dei criterii sempre sostenuti dallo stesso Consiglio di Stato. Infatti esso ha basato il suo parere sul fatto che la sorgente in controversia trovasi nell'alveo del fiume: ha detto, in altre parole, che la sorgente è demaniale, perchè nasce in luogo demaniale. A questi termini, invero, si riduce evidentemente tutto il ragionamento del Consiglio di Stato. Nè le parole interposte « *e che per la sua abbondanza di litri 1500 a minuto secondo dà origine dal punto stesso in cui sorge al corso perenne del fiume Melfe* », possono cambiare il senso da noi attribuito a quell'argomento, giacchè esse, come la stessa disposizione sintattica lo indica, non sono altro che un inciso da potersi impunemente sopprimere, senza che perciò venga cambiata la forma logica del periodo, al resto del quale è collegato mediante la congiunzione « e ». Esse rappresentano una constatazione di fatto, non un criterio di demanialità, una semplice circostanza concomitante posta in rilievo dall'ingegnere capo del Genio Civile per individuare la sorgente in controversia. Si è voluto cioè far notare il carattere distintivo di essa, per cui non sarebbe possibile confonderla con altre, perchè per la sua abbondanza, dà origine nel punto stesso in cui sorge al corso perenne del fiume Melfe.

Queste ultime parole precludono anche l'adito ad una obbiezione che potrebbe farsi all'interpretazione che diamo di questo parere.

§ 5. Continuazione. — Formulazione della teorica.

Molto facilmente dagli autori che hanno trattato di questo punto del diritto, sono stati uniti e confusi fra di loro la sorgente ed il corso a cui essa dà origine, motivo per cui considerando il corso come un tutto, di cui la sorgente non è che una parte, hanno applicato ad essa le stesse regole che vigono per quello, in conseguenza del noto aforismo « In toto et pars continetur » (1).

Trattando però della natura delle sorgenti noi notavamo come queste nel nostro diritto dovessero assolutamente considerarsi come un immobile per sè stante, anche indipendentemente dal rapporto di accessione pel quale si trovavano unite al fondo in cui avevano origine. Notavamo pure esser questa una disposizione tassativa del Cod. Civ., art. 412, afforzata anche, se ve ne fosse bisogno, dalla lettera e dallo spirito dell'art. 540. E ciò basterebbe per noi a porre una distinzione apertissima tra la sorgente ed il corso. Ma vi ha di più. L'art. 412 Cod. Civ., a dissipare qualunque dubbio potesse esservi a questo riguardo, come per le sorgenti, così per i corsi d'acqua riconosce tassativamente che essi sono immobili distinti dal fondo in cui si trovano. Ciò conduce naturalmente a riconoscere pure una distinzione assoluta fra due quei oggetti, perchè ciascuno viene enunciato come immobile di natura sua e senza rapporto ad alcun altro.

Tutto questo potrebbe anche dedursi come conseguenza di quello che abbiamo detto innanzi, di non potersi cioè riconoscere una stessa natura demaniale in un corso d'acqua a cominciare dalla foce sino alle origini di tutti i rivi che lo compongono, per la diversità dei rapporti giuridici che su di ognuna di queste cose possono verificarsi. A maggior ragione la diversità di rapporti a cui accenniamo può verificarsi tra le sorgenti, qualunque esse siano, ed il corso da esse derivato.

(1) L. 113, D. 50, 17.

Principalissima fra tali differenze è quella riguardante l'uso ed il possesso che possono aver luogo sul corso e sulla sorgente. Trascuriamo qui l'uso ed il possesso nei rapporti del diritto privato (che, riguardo al primo, interesseranno sempre più persone, nella seconda normalmente una sola) per considerarli soltanto rispetto alla demanialità. È opportuno supporre un corso d'acqua demaniale che abbia origine da una unica sorgente. Si scorgerà a prima vista come nessuno degli usi pubblici che si esercitano come tali sul corso, potrà aver luogo nella sorgente. Non la navigazione, nè il trasporto e in minima scala l'irrigazione: ristretto l'uso dell'acqua per lavare i panni e le erbe, e per l'abbeveramento degli animali. E notisi che noi qui supponiamo il caso singolare di una sorgente non racchiusa in un fondo privato, giacchè altrimenti nessuno più assolutamente, di tutti gli usi pubblici enumerati, potrebbe aver luogo su di essa.

Applicando quindi alle sorgenti ed ai corsi d'acqua demaniali la teoria economica della distinzione dei beni, in beni di primo grado e di grado più remoto, a seconda che soddisfano direttamente ad un bisogno o che debbono prima subire una qualsiasi serie di trasformazioni per poterlo soddisfare [1] avremo che un corso d'acqua demaniale dovrà sempre dirsi un bene di primo grado rispetto al pubblico, perchè ne soddisfa direttamente uno o più bisogni; una sorgente, invece, anche grandissima, sarà sempre, e specialmente se si trovi in un fondo privato, un bene di grado più remoto, tanto più lontano quanto è meno adatta a soddisfare direttamente ai bisogni pubblici.

Ricordiamo pure senza soffermarvici, le differenze nei rapporti della idrografia, delle alluvioni, delle difese dei fondi.

Ma oltre queste ed altre differenze riguardanti i rapporti giuridici cui possono dar luogo, convien dire che, per la loro stessa natura questi due oggetti sieno assolutamente disparati. Parlando infatti delle sorgenti abbiamo visto come esse sono *una manifestazione alla superficie delle vene d'acqua che corrono nel seno della terra.* Esse perciò sono formate dal-

[1] Cfr. De Viti De Marco, *Lezioni di Scienza delle Finanze*, compilate da A. D'Adamo e A. Sonnino, 1896-97, capo V, p. 35.

l'acqua, mentre sta, per così dire, ancora compenetrata nel suolo di cui è un elemento, e col quale fino allora si identifica. Nel corso invece, questo elemento, distinto dal suolo su cui scorre e dal quale aveva tratto origine, forma corpo a sè: è un'entità fisica e giuridica che si sovrappone ad un'altra e da cui in mille guise può venir separato senza alterare la natura di nessuno dei due, cosicchè alcune volte è stata attribuita ad uno la proprietà dell'acqua e ad un altro quella del letto sul quale scorreva, come nel progetto Cassinis del Cod. Civ. che, nei corsi d'acqua demaniali, attribuiva l'alveo ai rivieraschi.

Ora non occorre dimostrare che differenze così profonde e radicali non possono esser passate alla leggiera, tanto più che la nostra giurisprudenza ha accettato ripetutamente e in un modo esplicito questa opinione (¹). Crediamo perciò che non rimanga più dubbio sul primo errore in cui si incorre considerando la sorgente come una parte del fiume.

Ma ammettiamo pure che, secondo un significato, che non è certamente quello giuridico, si possa comprendere nel *fiume* anche la sorgente. Nulla può da una tale concessione inferirsi a favore della tesi avversaria, perchè, come ora dimostreremo, anche dato ciò, siccome la legge ha dettato delle norme particolari per le sorgenti, distinte da quelle date per i corsi d'acqua, è di queste e non di quelle che si deve tener conto nella interpretazione e nella applicazione del diritto. *In toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est* (²).

Prendendo ad esame l'art. 540 Cod. Civ. (³) cominciamo dal notare che, qualunque cosa si possa dire intorno al suo signifi-

(¹) Cons. di St. IV Sez. Parere 5 settembre 1876. (Giurispr. del Cons. di Stato, anno 2°, fasc. 9, p. 116). — Id. Parere 18 marzo 1874. Branca c. Fiore. (Giurispr. del Cons. di Stato, ann. 2°, fasc. 9, p. 119 e segg.) — Cass. Torino 21 dicembre 1883. (Raccolta XXXVI, I, 134).

(²) L. 80, D. 50, 17.

(³) Tale articolo non essendo altro che un riconoscimento della libera disponibilità delle sorgenti premesso alle limitazioni contenute negli articoli seguenti, come vedremo in seguito, era stato soppresso come superfluo nel Cod. di Parma, Piacenza e Guastalla e nel Cod. Austriaco. Negli altri

cato, esso si riferisce certamente ad un diritto di proprietà, e non di semplice uso, come taluno ha creduto [1].

Il Tiepolo a tale proposito dice che il diritto di usare a piacimento di una data cosa « appartiene alla categoria dei diritti frammentarii di « proprietà che si risolvono in certi modi « di essere, in certe qualità particolari dei fondi sui quali in- « sistono » [2].

Prescindiamo dall'idea di una proprietà frazionata desunta dalle elaborazioni del diritto comune e certamente erronea secondo le dottrine giuridiche odierne, che hanno sbandito totalmente gli antichi concetti a questo proposito. Che dall'art. 540 si possa argomentare per dedurre l'esistenza di un vero e proprio diritto di proprietà, viene confermato dal raffronto della frase *usare a piacimento* che ivi si riscontra con l'altra dell'art. 436, in cui definendosi la proprietà, si dice che essa è la « facoltà di *godere* e *disporre* delle cose nella maniera la più assoluta ecc. ». Non sarebbe invero possibile concepire che una persona *usi a piacimento* di una cosa della quale, poi, non possa *disporre e godere* nel modo che creda migliore o che più le piaccia.

Principalissimo fra gli usi che potranno farsene sarà quello di alienare la sorgente per lucrarne il prezzo, e tutto ciò non può competere certamente ad altri che al proprietario [3].

Si potrebbe chiedere per qual ragione il Codice dettando questa norma non abbia detto esplicitamente che il proprietario del fondo era proprietario della sorgente, giacchè, si dice, ciò sarebbe stato sufficiente e meno ambiguo.

Ciò non fu fatto per molteplici ragioni:

Codici preesistenti (Estense, art. 522, Leggi civili napolitane art. 563, Cod. Sardo art. 555, del Canton Ticino art. 225) era stata accettata integralmente o quasi la formula del Cod. Napoleone art. 641.

[1] Giorgi, *Dottrina delle persone giuridiche*, vol. III, n. 163. — Tiepolo, op. cit. n. 59.

[2] Op. cit. loc. cit.

[3] Laurent, op. cit. VII, n. 179. — F. Filomusi-Guelfi, *Diritti reali a cura di G. Manganelli*, 1894-95. *Servitù che derivano dalla situazione dei luoghi*, art. 540.

In primo luogo il Codice non poteva fare una dichiarazione esplicita di proprietà, perchè non era, nè poteva essere suo compito quello di fare un elenco di tutti e singoli gli oggetti che cadono nel dominio privato. D'altra parte non era in alcun modo necessario farla, perchè sia coll'enunciare i limiti del diritto di proprietà (art. 440) ([1]), sia col determinare e definire il diritto di accessione (art. 443) ([2]), sia coll'accennare anche solo in via dimostrativa, le cose appartenenti al demanio, di cui erano anche determinate le note caratteristiche, aveva già pôrto elementi più che sufficienti ad evitare qualunque dubbio potesse sorgere in proposito.

In secondo luogo poi il legislatore, trattando delle limitazioni legali della proprietà, non poteva fra queste inserire una sanzione di proprietà che nulla aveva che vedere con l'oggetto delle disposizioni di questo capo. Egli doveva soltanto notare quelle conseguenze del diritto di proprietà sulle sorgenti, già implicitamente ammesso, che interessavano al tema delle servitù legali. Ed invero la sola cosa necessaria in questo luogo era di riconoscere a favore del proprietario del fondo, in cui si originano le sorgenti, la disponibilità di queste, la cui proprietà il codice ad esso implicitamente attribuisce, affine di poter esporre in seguito tutte le limitazioni alle quali tale disponibilità doveva andar soggetta nei singoli casi.

È quindi solo indirettamente che il Codice nell'art. 540 riconosce al proprietario di un fondo la proprietà delle sorgenti che in esso si trovano, senza alcuna distinzione, attribuendogli in un modo assolutamente illimitato la intera disponibilità di queste.

Pertanto una sana esegesi non può considerare l'art. 540 come una dichiarazione della proprietà delle sorgenti, bensì come una determinazione delle facoltà dei proprietarii dei fondi in cui esse si trovano, determinazione dalla quale si può facilmente

([1]) « Chi ha la proprietà del suolo sia pure quella dello spazio sovra-« stante e di tutto ciò che si trova sopra e sotto la superficie ».

([2]) « La proprietà di una cosa sia mobile sia immobile attribuisce diritto « su quanto essa produce, o vi si unisce naturalmente o coll'arte: questo « diritto si chiama diritto di accessione ».

argomentare l'esistenza di un diritto di proprietà, appunto perchè essa ne esprime tutto il contenuto.

« La disposizione della legge scritta nell'art. 540, conferma « il Pacifici-Mazzoni [1], non è che un corollario, un'applicazione « del diritto di proprietà ».

Chiarito così anche questo punto sul significato da attribuire a quest'articolo tanto discusso, possiamo dire di aver eliminato tutte le difficoltà per l'esame teorico della questione sulla proprietà delle sorgenti.

Possiamo quindi raccogliere ora tutti i risultati ai quali siamo giunti nel corso di questa discussione, a fine di poter enunciare una teoria completa.

È stato dimostrato: 1° che le sorgenti sono e devono rimanere *giuridicamente distinte dal corso* d'acqua che da esse può trarre origine; 2° che esse *non possono mai considerarsi come beni di primo grado nei rapporti della demanialità*; 3° che esse sono immobili *giuridicamente distinti dai fondi in cui si trovano*, ma fisicamente e giuridicamente uniti ad essi in virtù della *accessione*. Ora tutto ciò conduce a concludere che su di esse non possa farsi luogo di per sè ad una proprietà diversa da quella che esiste sul fondo in cui si trovano.

Saranno perciò di spettanza privata, quando il fondo in cui sorgono sia privato, usabili ed alienabili a beneplacito del proprietario; pubbliche e demaniali se abbiano origine in luoghi demaniali, come ad esempio, nell'alveo dei fiumi. ciò che avviene molto frequentemente. Nè sarà lecito far distinzione fra sorgente e sorgente, mancando a ciò sia una disposizione di legge su cui fondarsi, sia una ragione che giustifichi questa differenza. Per conseguenza il proprietario potrà farne quell'uso che creda migliore, servendosene per l'irrigazione dei suoi fondi, o come forza motrice, od anche per usi semplicemente voluttuarii. Potrà ritenerne tutta l'acqua nel suo fondo, mandarla in un fiume o privarne i proprietarii inferiori, salvo quanto vedremo a proposito dell'art. 545. Potrà infine cederla come e a chi gli piaccia.

[1] *Trattato delle servitù legali*, n. 62.

D'altro canto può anche ammettersi che alle sorgenti maggiori, le quali influiscono notevolmente col loro volume sulla portata dei fiumi e degli altri corsi d'acque demaniali possa applicarsi l'attributo di « *pubblico* », assegnando a questa parola un significato più lato che « *demaniale* » ([1]), come lo si può in generale attribuire a tutte quelle cose che si trovano in un rapporto mediato con un *pubblico* Estremamente difficile è però determinare i caratteri e gli effetti di questa *pubblicità.*

Non v'è dubbio che non si possa parlare nè di non deviabilità, nè di inalienabilità o di qualsiasi altra limitazione positiva, giacchè la legge non ne ha riconosciuta alcuna. Non è invero possibile che l'interprete si sovrapponga a questa per creare delle limitazioni che essa non ha voluto riconoscere. E pensatamente diciamo non ha voluto riconoscere, perchè dai lavori preparatorii, specialmente del Codice francese, è noto che il legislatore si rese esatto conto dei difetti a cui si andava incontro col sistema che ha accettato ([2]).

Riguardo alle conseguenze della pubblicità, intesa come sopra, abbiamo detto che una di queste potrebbe consistere nella espropriazione per pubblica utilità e conseguentemente nel loro passaggio, non nel patrimonio, ma nel Demiano dello Stato.

Altra conseguenza, correlativa alla precedente, potrebbe essere la possibilità del diniego da parte della competente autorità amministrativa della dichiarazione di pubblica utilità, che venisse chiesta a favore di quelle opere che si volessero compiere per deviare le acque di tali sorgenti dal loro corso naturale, come canali, cadute, serbatoj e simili che dovessero adibirsi sia per irrigazione sia per forza motrice. Infatti il rapporto che tali sorgenti hanno con il pubblico, di cui, sebbene indirettamente, soddisfano

([1]) V. Filomusi Guelfi, *Diritti reali* a cura di A. Scialoja e G. Canelli, citati, § 23, n. 4.

([2]) V. Romagnosi, *Ragion civile*, p. 1378 e segg. Appendice al § 431. — Picard, op. cit. p. 122, n. 5. Ciò specialmente si desume dalle opposte dichiarazioni del sig. Berlier e del Console Cambacérès, dei quali il primo sosteneva la particolare natura della proprietà delle sorgenti ed il secondo che, insieme col Brettonier, Lamoignan e Davot difendeva ad oltranza i diritti dei proprietarii inferiori, e la assoluta proprietà privata di quelle senza restrizioni di sorta.

molti bisogni, ed a cui perciò riescono utilissime, non permetterebbe « per la contraddizione che nol consente », che venissero invece dichiarati di pubblica utilità quei lavori che tendessero a privare quel pubblico dei benefici che esse gli arrecano.

Limitazioni di indole diversa da quelle che abbiamo enunciate non crediamo assolutamente sostenibili allo stato attuale della legislazione. Parrebbe che appunto a limitazioni del genere di quelle alle quali ora ho accennato si riferisse il Romagnosi quando, mentre riconosce la assoluta proprietà delle sorgenti senza alcuna limitazione a favore dei proprietari dei fondi in cui sorgono (¹), parlando degli inconvenienti che potrebbero conseguire specialmente ai fiumi dalla derivazione delle acque maggiori e, nel caso di riviere non navigabili che egli riteneva private sotto l'impero del Codice Napoleone, scrisse: « È evidente che « con la diversione per esempio di un'acqua non navigabile che « ne rende navigabile un'altra, si nocerebbe ai fiumi di ragione « pubblica: ma ciò non può far variare presso di noi la proprietà « poichè *in via di polizia, quando si possa nuocere alla cosa « pubblica si può provvedere senza variare la proprietà* (²).

Potrebbero anche esservi dei casi molto particolari in cui riescisse per così dire impossibile distinguere la sorgente dal corso, perchè appunto si trattasse di sorgenti straordinariamente grandi, dalle quali si originassero subito dei fiumi o dei corsi d'acqua demaniali. A proposito di questi casi estremi, i sostenitori della teoria del *caput fluminis* sollevano a loro favore due obbiezioni, di fatto più che di diritto, contro la proprietà privata delle sorgenti, obbiezioni che realmente non sono altro fuorchè due aspetti diversi di un medesimo ragionamento. La prima obbiezione si è appunto che non è possibile distinguere in questi casi il corso dalla sorgente, giacchè veramente

(¹) *Condotta*, n. 130 e segg.

(²) Romagnosi, *Condotta*, § 46, nota 3; *Ragion civile*, Prenozioni XI, § 257, nota 1. Queste parole ci rendono ragione del fatto che il Romagnosi pur protestandosi di seguire il Pecchio (*De aquaeductu*, V. *Condotta*, *Ragione dell'opera*), non abbia poi riprodotta la questione che questi fa sul *caput fluminis*.

può dirsi che si abbia un fiume che esce già formato dalle viscere della terra; e che perciò non è difficile sostenere che in questo caso la sorgente non può più esser considerata come un immobile per sè stante, distinto dal corso, perchè essa, almeno nella forma ordinaria, non esiste.

La seconda eccezione è quella che abbiamo già udita proporre quando discutevamo sul significato da attribuire ad un parere del Consiglio di Stato intorno alle sorgernti del fiume Melfe. Si dice cioè che, siccome il fiume incomincia ad esistere come tale fin dal punto in cui l'acqua sorge alla superficie, così essa viene a trovarsi per necessità nell'alveo stesso del fiume, e perciò assume anch'essa il carattere demaniale.

Le due obbiezioni hanno invero una certa gravità, ma dessa è più apparente che reale. Sono infatti sempre i casi estremi, come quelli che stiamo considerando, che recano imbarazzo nella esposizione di una qualsiasi teoria. Ad ogni modo hanno anch'essi la loro soluzione.

Premettiamo che pretendere di dedurre la demaniabilità di una sorgente che dà origine ad un fiume, dalla supposta demanialità dell'alveo, entro cui si manifesta, è sostenere quell'errore che in logica viene sotto il nome di petizione di principio. Infatti se non è dimostrato nè dimostrabile che la *sorgente* che dà origine ad un fiume è giuridicamente lo stesso che il *fiume*, non si potrà certamente asserire che il terreno su cui si manifesta sia un alveo di fiume, anzichè una porzione di fondo privato.

Ciò assodato, potremmo fare a meno dal rispondere più ampiamente alle due obbiezioni proposteci; ma preferiamo di addentrarci in esse.

Si dice che vi potrebbe essere un fiume che scaturisse dalle viscere della terra, già formato al punto da non potersi distinguere il corso dalla sorgente.

Rispondiamo che, anche in questo caso, o si tratterebbe di un fiume propriamente detto ed allora *nulla quaestio*, o si tratterebbe di una *sorgente* equivalente per grandezza ad un fiume, ed allora, siccome la legge non ha posta limitazione nè fatto distinzione fra sorgenti grandissime e sorgenti piccolissime, ma

le pone invece tutte indistintamente e genericamente nella categoria delle cose di dominio privato, non se ne potrà asserire la demanialità se non quando, caso per caso, si sia dimostrato che ne presentano i caratteri speciali, quali di nascere, ad esempio in terreno demaniale etc. Non è infatti sufficiente perchè una cosa sia demaniale che abbia la possibilità di esserlo.

Nè l'ipotesi fatta di fiumi che escono belli e formati dalle viscere della terra e con caratteri distinti dalle sorgenti è puramente ideale; giacchè vi sono di fatto dei corsi d'acqua che, scomparsi repentinamente nel proprio greto, od in qualche fenditura di roccia ricompariscono poi a valle, dopo un percorso sotterraneo più o meno lungo. Di questo genere sono alcuni fiumi della Carniola, il nostro fiume Lete confluente del Volturno e, più caratteristico, il fiume Recca o Timavo che nascondendosi nelle caverne di s. Cansiano, ricomparisce presso Duino non molto lungi da Trieste.

D'altro canto nei casi specifici la stessa *existimatio circumcolentium* potrà essere argomento validissimo per giudicare se il preteso fiume sia o no una vera e propria sorgente.

Si oppone che, siccome il fiume incomincia ad esistere come tale fin dal momento in cui l'acqua sorge dalla superficie, così essa viene a trovarsi per necessità nell'alveo stesso del fiume, e perciò assume anch'essa il carattere demaniale.

Rispondiamo che, tranne il caso previsto di sopra di fiumi rinascenti, sarà sempre praticamente possibile distinguere la sorgente, anche copiosissima, dal fiume cui dà origine. La sorgente Peschiera, per esempio che *forse è la più grande e perenne d'Italia* [1] e che porta il suo contributo al fiume Velino poco a valle del ponte ferroviario di s. Angelo sulla linea Rieti-Aquila, con una portata minima di mc. 16 e mezzo al minuto secondo, sebbene dia origine ad un lagno omonimo e ad un corso d'acqua demaniale e navigabile, tuttavia non può certo confondersi con questi. Sgorga infatti alla base del monte Miria fra i detriti che nascondono la linea di incontro delle masse calcaree del monte coll'alveo del Velino, in punti ben distinti ed

(1) V. *Carta idrografica d'Italia.* Nera e Velino, pp. 113 e 19.

allineati su di una fronte di circa un chilometro, ribollendo talora fra i massi che ne impediscono il libero deflusso e formando qualche piccolo salto.

Data questa condizione di cose, come potrebbe asserirsi sul serio che questa sorgente, sebbene forse la più grande e la più perenne d'Italia e sebbene dia origine ad un corso d'acqua demaniale e navigabile, sia una cosa stessa col fiume e possano confondersi coll'alveo di questo i punti ben definiti e distinti delle sue scaturigini?

Quel che si dice della sorgente Peschiera può ripetersi per tutte le sorgenti, più o meno copiose, le quali hanno sempre le loro scaturigini ben distinte dall'alveo del fiume, in cui vanno poi a confluire [1] a meno che non sgorghino effettivamente in un alveo demaniale preesistente e che si tratti di rinascenza di corsi d'acqua superiori, come già abbiamo detto, pei quali casi non può sorgere questione sulla loro demaniabilità.

Del resto abbiamo già citato dianzi l'opinione del Garnier che riteneva sempre private le sorgenti anche se dessero origine a corsi d'acqua che fossero navigabili fin dalle sorgenti medesime.

Riepilogando quello che fino a questo punto abbiamo esposto, noi crediamo che le sorgenti appartengano sempre in assoluto ed esclusivo dominio al proprietario del fondo in cui sorgono senza limitazioni, all'infuori di quelle che il codice riconosce. Ciò non esclude che alcune di esse possano dirsi pubbliche pel rapporto in cui si trovano con corsi di acqua demaniali. Tale qualifica può avere delle conseguenze, come ad esempio la

(1) Cfr. Cass. Napoli 14 gennaio 1868. Jacobelli c. Pacelli (Giurispr. It. 1868, I. 27): « La Corte..... osserva in generale che il *caput fluminis* « difficilmente può riconoscersi perciocchè per l'ordinario, riunendosi a poco « a poco le acque che nascono dalle sorgenti, si forma il fiume. Nella specie « le suddette vecchie sorgenti non si possono chiamare *caput fluminis* tra « perchè il fiume Grassano prende origine da altre sorgenti che sono al di « sopra di detto fondo Pezza del Lago, e tra perchè nascono in un fondo « privato che non è confuso col fiume.

« Le sorgenti che sono in un fondo privato, fino a che le acque restano « nel fondo istesso, sono di dominio privato, e solo quando queste ne escono « per ingrossare un fiume, diventano pubbliche ».

loro espropriazione per pubblica utilità, con il conseguente passaggio al demanio dello stato, ed il diniego della dichiarazione di pubblica utilità delle opere che tendessero alla loro diversione.

L'opinione che ho esposta, la quale concorda con quella accettata dal diritto comune e vigente quasi dapertutto prima della attuale legislazione, è quella che più facilmente di tutte ad essa si adatta, ed è perciò la più comune nella dottrina e l'unica seguita dalla nostra giurisprudenza ([1]).

Fino ad ora siamo venuti esponendo quello che può dirsi *la ragione giuridica delle sorgenti*. È opportuno tenerne conto per non confonder questa coi criterii filosofici per cui tutte le sorgenti naturali « sono di uso comune e perciò ognuno può bensì « goderne a proprio vantaggio, ma non distrarne od impedirne « il corso » ([2]), o come dice Cicerone: « Quidquid sine detri« mento possit commodari id tribuatur vel ignoto: ex quo sunt « illa communia, non prohibere aqua profluente, pati ab igne

([1]) Traina, op. cit. p. 85. — Gianzana, op. cit. nn. 699, 700. — Pacifici-Mazzoni, op. cit. nn. 62 e 244. — Ricci, *Diritto civile*. Un. Tip. Ed. 2ª ed. 1886, vol. II, n. 48 fine. — Meucci, *Diritto amministrativo*. Torino, Bocca, 1892, 3ª ed. p. 355. — Cass. Torino 9 luglio 1891. — Cass. Napoli 18 maggio 1888. — Cass. Torino 4 maggio 1885 (Giurispr. di Torino, 1885, p. 540). — Cass. Torino 16 marzo 1883 (Giurispr. di Torino, 1883, p. 641). — Cass. Torino 21 decembre 1883 (Racc. XXXVI, I, 1, 314). — Cass. Napoli 30 giugno 1877, Branca, Fiore e Wonwiller (Gazz. proc. 1877-78, p. 284). — Cass. Torino 3 marzo 1875 (Gazz. dei Trib. di Milano, 1875, n. 74). — Cons. di Stato 5 ottobre 1876 (Giurispr. del Cons. di Stato, anno 2, fasc. 9, p. 116). — Cons. di Stato 18 marzo 1874, Branca c. Fiore (ibid. anno 2, fasc. 9, p. 119 e segg.). — Appello Milano 30 dicembre 1881 (Monit. dei Trib. di Milano 1882, p. 279).

Conformi in Francia. Troplong, *Prescription*. Bruxelles, Wahalen e C. 1841, n. 144. — Proudhon, op. cit. vol. 2, nn. 1344-1345. — Demolombe, *Servitudes*. t. I, n. 66. — Aubry et Rau, t. 3, p. 35, § 244, testo e nota 7. — Merlin, *Repertoire*, *Cours d'eau*. N. 2. — Pardessus, *Traité des servitudes*, Bruxelles. Soc. Typ. Belge A. Wahalen et C. 1841, nn. 103, 106. — Toullier, t. 3, n. 136. — Duranton, t. 5, n. 174. — Cass. 8 Febbr. 1858, Dalloz. 1858, I, 68; ibid. 19 nov. 1858, Dalloz. 1859, I, 345. — Cass. 22 maggio 1854, Journal du Palais, t. I, 1855, p. 261. — Cass. 19 nov. 1855; ibid. t. I. 1856, p. 420. — Cass. 9 Aprile 1873, Journal du Palais, 1873, 937.

([2]) Romagnosi, *Ragion civile*, § 409.

« ignem capere, si quis velit; consilium fidele deliberanti dare: « quae sunt iis utilia qui accipiunt, danti non molesta » (¹). Tutto ciò non ha nulla che vedere col diritto e, solo sotto un certo aspetto, potrebbe riannodarsi alla questione delle « res communes ».

§ 6. Osservazioni sullo stato attuale della legislazione italiana ed estera. — Legge francese 18 aprile 1898.

Ho esposto fin qui quella che mi sembrava l'unica teoria sostenibile *de iure condito*. Parlando però *de iure condendo* si potrebbe fare da alcuni una critica al sistema adottato dalla nostra legislazione, come quello che non provvede a sufficienza alla tutela delle cose demaniali, come invece ha fatto la legge francese del 18 aprile 1898. Un altro argomento a favore di questa tesi potrebbe trovarsi nell'enorme sviluppo preso da pochi anni a questa parte dagli impianti costruiti per utilizzare l'acqua come forza motrice.

Tale critica, che pure sarebbe fondata sopra criterii ed argomenti esatti, è molto esagerata, specialmente nelle conseguenze. Abbiamo già notato i mezzi dei quali può disporre lo Stato per impedire i danni che tanto si temono per i corsi d'acqua demaniali, cagionati dalle deviazioni delle maggiori sorgenti. Ma devesi pur tener conto di molti altri fattori, ad esempio delle condizioni naturali dei luoghi, e del criterio economico, che nella maggior parte dei casi, come infatti si verifica ogni giorno, rendono difficilissima e spesso impossibile la deviazione delle sorgenti, facendo preferire, invece, di ottenere una concessione governativa delle acque di un corso demaniale.

Rispetto però all'argomento desunto dalla legge francese del 18 aprile 1898 sono da farsi molte riserve, sia per rapporto a quella legge in sè stessa, sia, e molto più, per la sua applicazione all'Italia.

(¹) Cicero, *de Officiis*. l. 1, cap. 16.

Così ad esempio, dal punto di vista storico, occorrerebbe dimostrare che quella legge sia un portato della scienza giuridica. una naturale conseguenza dello svolgimento delle industrie che la legge doveva assecondare. Ora nulla di ciò è dimostrato; anzi i gravi ostacoli che fino dalla sua prima presentazione fatta dal Ministero dei Lavori pubblici al Senato essa incontrò, il periodo non breve durante il quale essa rimase in sospeso prima di esser presentata alla Camera dei deputati [1], e le gravissime discussioni che quivi furono sollevate, sarebbero un argomento in contrario, di un valore non indifferente.

Riguardo alla sua applicazione all'Italia ci è già occorso di notare la grande abbondanza di acque che qui si trovano, per la quale il nostro Paese diversifica molto spiccatamente da altri stati ed in particolare dalla Francia. Tale differenza nella quantità delle acque di cui è possibile usare, conduce alla conseguenza che, a parità delle altre condizioni, non potrebbero certamente applicarsi all'Italia le disposizioni che si attagliano alla Francia, cui è necessaria una oculata sorveglianza e tutela sulle cose pubbliche appartenenti alla categoria delle acque. Sarebbe perciò inutile e vessatoria per noi, se venisse accolta nel Codice civile, una tale limitazione.

E neppure sarebbe agevole di introdurre nel nostro diritto alcune di quelle limitazioni, giacchè la loro accettazione renderebbe necessaria una revisione completa di alcune parti del Codice.

Da ultimo il principio fin qui seguito dalla nostra legislazione ha pure in suo favore i caratteri della antichità e della generalità, giacchè, oltre ad essere l'unica opinione ammessa nel diritto comune, lo si trova sovente anche nelle legislazioni moderne ed in ispecial modo nelle germaniche, molto interessanti per il loro carattere critico [2].

[1] La prima presentazione del progetto al Senato fu fatta nel 1880.

[2] Mazza, *Le acque nei rapporti con la pubblica amministrazione*. Vol. I. Unione Tip. Ed. Torinese, 1893. — Legislazione comparata:

Austria. Legge dell'impero 30 maggio 1869. Sez. I, § 4: Le acque sottoindicate appartengono al proprietario del fondo, se non vi ostano diritti acquistati dai terzi: *a*) l'acqua sotterranea contenuta nei suoi terreni e

Ed ora poche osservazioni sulla legge francese 18 aprile 1898 sul regime delle acque.

Carattere di essa, come si rileva dai lavori preparatorii della medesima e dalla formula stessa in cui è concepita, si è di essere una legge fondamentale, derogatoria del codice civile ed attributrice, come questo, di diritti.

Perciò nulla si potrà esigere se gli antichi diritti non siano più riconosciuti, e neppure quindi potrà parlarsi di espropriazione a danno dei proprietari se qualche cosa venga ad essa tolta. — Essa è al titolo I composta di un solo articolo che contiene i tre nuovi articoli 641, 642 e 643, che devono sostituire gli antichi nel Codice civile. I primi due sono lunghissimi e contengono disposizioni assolutamente disparate fra loro che potrebbero e dovrebbero formare altrettanti articoli separati. I tre capoversi dell'art. 642 infatti formano nel Codice italiano, salve le modificazioni apportatevi, gli articoli 540, 541, 542.

È stata cambiata anche la topografia delle disposizioni legislative, aggruppando negli articoli 642 e 643 le disposizioni riguardanti le sorgenti, contenute prima anche nell'art. 641.

A togliere le odiosità che questa legge naturalmente sollevava, nella sua proposizione così al Senato [7] come alla Camera

---

l'acqua sorgente dai medesimi, ad eccezione delle sorgenti di sale che soggiacciono alla privativa del sale, e delle acque di cemento che sono comprese nella regalia delle miniere; *b)* gli scoli delle suddette acque fintantochè non siansi versati in un'acqua straniera di privata ragione od un'acqua pubblica e non siano usciti dal fondo del proprietario.

Baviera. Legge 28 maggio 1852. — Le acque private chiuse sono di esclusiva proprietà. Esse sono: . . . . *c)* l'acqua che sgorga in un fondo o vi si raccoglie naturalmente, fintantochè non esca dal fondo in cui ha origine.

— Il nuovo Codice civile tedesco in forza della legge di introduzione art. 65, ha lasciato inalterato tutto il preesistente diritto delle acque (*Wasserrecht*), compreso il *Mühlenrecht* (d°. dei mulini), il *Flassrecht* (trasporto a galla) e il *Flossereirecht* (navigazione).

— Cfr. anche Dr. Anton Randa, *Das Eigenthumsrecht.* Erste Hälfte, Leipzig. Breitkol u. Härtel, 1893, § 4, p. 79.

[4] Picard, op. cit. p. 181: « Au cours des débats, le Ministre de « l'agriculture a cité l'opinion d'un savant jurisconsulte qui, s'appuyant sur

dei deputati, si tentò di farla passare quale una semplice dilucidazione degli articoli del Codice civile, invece che come una deroga alle antiche norme, come se le nuove sanzioni fossero già contenute negli antichi articoli 641, 642 e 643, ma questa tesi non fu accettata in nessuna delle due Camere ed il relatore dinanzi ai Deputati, G. Cuvinot, dopo aver tentato di sostenere che il Titolo I in questione altro non era che uno sviluppo delle disposizioni già esistenti e da cui la giurisprudenza si era allontanata, avvedutosi della fallacia della tesi da lui sostenuta, abbandonava questo mezzo di difesa, cambiando l'argomento della disputa [1].

« les termes de l'art. 641 du Code, considère, même à l'état actuel de la loi, « l'aliénation d'une source comme excédant la faculté d'usage et par suite « comme illicite; cette interprétation du Code est contraire à la jurisprudence de la Cour de Cassation ».

[1] *Journal du Palais*, a. 1898, Paris, Larose, Lois etc. suivi d'annotations. Loi sur le regime des eaux 8 avril 1898, Note 11, p. 674, col. 3. — M. Ninard a défendu le texte proposé par la commission: le principe posé « dans l'article de la commission n'est d'autre chose que la reproduction des « principes établis par le Code civil. Il n'est pas douteux au point de « vue du droit civil — c'est une question qui ne fait même plus à l'heure « actuelle l'object d'une difficulté en jurisprudence — que le droit exclusif « du propriétaire de la source à l'eau de cette source, cesse lorsque cette « eau s'est échappée du terrain dans lequel elle est née et qu'elle contribue « à la formation de ce qu'on appelle une eau courante. Dans ces conditions « il n'a pas le droit, par l'abus qu'il pourrait faire des eaux de cette source, « par la destination qu'il pourrait leur donner, de porter atteinte au droit « qui appartienne aux usageurs inférieurs... » M. Griffe a contesté que le nouvel art. 643 ne serait que le développement des principes du Code civil:... « En un mot l'art. 643 constitue d'après moi un échec au droit de propriété « et pas d'autre chose. Vous ne prenez pas l'eau courante quand elle est « tombée dans la communauté irrigative, comme le dit la Cour de Cassa- « tion. Vous voulez empêcher le propriétaire qui a une source chez lui d'en « disposer. Eh bien, dites-le nettement! » — M. Cuvinot rapporteur: « C'est « ce que nous faisons... ». Le rapporteur s'appuyant sur les travaux préparatoires du Code Civil s'est efforcé de demonstrer que la Commission ne faisait que rentrer dans l'ésprit du Code dont la jurisprudence s'est écartée; et il a ajouté: « La jurisprudence de la Cour de Cassation a été modifiée « par un arrêt de 1854 (22 mai 1854) qui se rapproche beaucoup plus de « la volonté des redacteurs du Code que le arrêts antérieurs. Nous vous « demandons simplement d'insérer les texte de cet arrêt dans un article de

Sarà utile il riportare qui i due articoli 642 e 643 del codice francese, modificati secondo la detta legge.

Art. 642: « Celui qui a une source dans son fonds peut « toujours user des eaux à sa volonté dans les limites et pour « les besoins de son héritage.

« Le propriétaire d'une source ne peut plus en user au pré- « judice des propriétaires des fonds inférieurs, qui, depuis plus « de trente ans ont fait et terminé, sur le fonds où jaillit la source « des ouvrages apparents et permanents destinés à utiliser les « eaux ou à en faciliter le passage dans leur propriété.

« Il ne peut plus en user de manière à enlever aux habi- « tants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est né- « cessaire; mais si les habitants n'en ont pas acquis ou prescrit « l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle « est réglée par experts.

Art. 643. « Si, dès la sortie du fonds où elles surgissent, « les eaux de source forment un cours d'eau offrant le caractère « d'eaux publiques et courantes, le propriétaire ne peut les dé- « tourner de leur cours naturel au préjudice des usagers infé- « rieurs ».

È facile scorgere a prima vista quale profonda modificazione inducano questi nuovi articoli in quello che era stato fino ad ora il sistema legislativo francese.

L'art. 642, comincia dal limitare le facoltà stesse del proprietario della sorgente non permettendo di farne uso all' infuori dei confini e per i bisogni del suo fondo.

« loi » . . . . M. le rapporteur: « Que l'on qualifie le texte que nous « proposons à cet effet de loi interprétative, ou qu'on lui donne tout autre « nom, ce n'est pas ainsi que nous considérons la question . . . . . Nous « n'entendons appliquer la disposition dont nous demandons l'adoption qu'aux « sources assez abondantes pour former, à la sortie du fonds d'où elles sur- « gissent, une eau courante. Il est très difficile, dit-on, de définir les eaux « publiques et courantes, mais cette définition nous la prenons dans un « arrêt de la Cour de Cassation. D'ailleurs la difficultè est la même pour « les ruisseaux. L'art. 644 du C. C. dit: Celui dont la propriété borde me « eau courante — et bien, quelle définition le Code donne-t-il de l'eau « courante? aucune. On est obligé de s'en rapporter à la jurisprudence ».

sarie a prescrivere un'acqua dovessero esser compiute nel fondo inferiore o nel superiore dove essa ha origine. È però strano che, mentre si è accettato per la prescrizione il requisito che le opere debbano farsi sul fondo dove esiste la sorgente, non sia stato invece aggiunto che le opere debbano aver servito all'uopo, come, con grande vantaggio, fa il nostro Codice. È ben vero che a tale conclusione si può giungere anche senza un'esplicita disposizione di legge, ma è pur necessario convenire che con gran facilità si avranno delle interpretazioni opposte e non poche incertezze, con grave danno della buona giurisprudenza.

In questo capoverso è anche notevole l'essersi riconosciuta in modo esplicito la proprietà assolutamente privata delle sorgenti, anche quando le loro acque escano dal fondo in cui sorgono.

Ben poco accade di notare nel secondo capoverso di questo articolo. Si è introdotto qui un radicale cambiamento nella forma della disposizione, che, a dir vero, non è giustificato in alcuna maniera. Riguardo alla sostanza è solo da osservare che non vi si parla più di obbligo di non deviare le acque, ma solo di divieto di non usarle in modo da toglierle agli abitanti di un comune o villaggio. Sarà quindi ben facile prevedere che le antiche controversie per decidere se gli abitanti possano o no entrare nel fondo in cui si trova la sorgente, si faranno di nuovo vivissime e si avrà, nella modificazione introdotta, un argomento non lieve a sostegno della teoria che vuole compreso in quest' articolo anche l'accesso sul fondo.

Rimane ora ad esaminare l'art. 643 così celebre oramai per aver riconosciuto, sebbene solo in un modo molto ristretto, come vedremo, la teoria del *caput fluminis.* La grandezza della sorgente viene qui a porre un altro limite alla libera disposizione che di essa dovrebbe avere il proprietario. Bisogna però ben precisare i termini di questa disposizione per non attribuire ad essa una portata che non ha.

Anche in questo, come nell'articolo precedente, si è riconosciuta la proprietà privata delle sorgenti, essendosi ammessa l'esistenza di un proprietario, che non sarà certamente il Demanio dello Stato. Non si è neppure parlato di pubblicità della sor-

gente, come si è fatto invece per i corsi d'acqua, cosicchè la limitazione in parola viene ad essere equiparata all'altra riguardante i bisogni di un comune o di un villaggio. La proprietà privata rimane perciò integra, come principio, e soltanto si è apportata ad essa una restrizione, simile ad altre già esistenti, che non ne mutano la natura.

Abbiamo voluto richiamare l'attenzione su questo punto, perchè il modo di considerare le sorgenti maggiori che stiamo esaminando, ci servirà in seguito per lo studio della questione rapporto all'Italia.

Assodato che anche le sorgenti a cui questa restrizione si riferisce, sono state lasciate ancora interamente nel privato dominio, vediamo quale sia la sua portata. La legge, dopo aver designato siffatte sorgenti come quelle che all'uscita dal fondo in cui nascono formano un'acqua pubblica e corrente, dice che il proprietario non può deviarle dal loro corso naturale a danno degli utenti inferiori. Sarà quindi ancora in sua facoltà di usarne a piacimento nel suo fondo, come dichiara l'art. 642 pr. poco anzi esaminato. Solo, invece di essere libero di cambiare alle acque l'uscita dal suo fondo, dando ad esse una direzione piuttosto che un'altra, dovrà sempre mantenere l'antica: qualche cosa, cioè, di simile all'obbligo che il nostro Codice impone a colui il cui fondo è traversato da un'acqua corrente (art. 543 pr.). Abbiamo detto essere questa limitazione simile a quella dell'art. 543 pr. del nostro Codice, ma realmente è forse anche minore. Ed in vero, mentre l'obbligo della restituzione al corso ordinario nel nostro articolo è assoluto ed imprescindibile, nella legge francese sembra subordinato all'esistenza di utenti inferiori che si servano dell'acqua della sorgente.

Sarà quindi lecita ancora la diversione delle acque delle sorgenti contemplate nel nuovo articolo 643 del Codice francese, quando esse, dopo uscite dal fondo in cui hanno origine, non servono ad usi particolari nei terreni che attraversano prima di giungere al mare o ad un fiume.

Rimane da osservare che quest'articolo poco o nulla nuoce ai proprietari latifondisti, nei cui territorii queste acque trascorrono facilmente per lunghi tratti e che coll'estendersi di una

proprietà nel cui interno trovasi una di tali sorgenti, potrà questa essere resa libera da tale limitazione, almeno fino a che, col verificarsi di nuovi usi, di cui non è però stabilita la durata, e che quindi potranno anche esistere da poco tempo, essa venga di nuovo a vincolarsi.

Questa disposizione pertanto, la quale segna, per dir così, uno dei massimi ai quali sia giunta l'attuale giurisprudenza nella legislazione sulle acque, è una conferma di quel che dicevamo poc'anzi, sostenendo la proprietà privata di tutte le sorgenti ed opponendoci a tutte le teorie che ad essa contradicono e specialmente a quella detta del *caput fluminis*. Se si volesse trovare un'analogia fra questa sanzione e qualcuna delle teorie che a questo proposito abbiamo veduto propugnata fra gli antichi come tra i moderni, potremmo paragonarla a quella del cardinal De Luca, che sosteneva che l'uso di un'acqua da parte di un certo numero di persone ne fa diventare vincolato per consuetudine il corso, e che il Comune, cui questo appartiene, può ottenere sulle sorgenti dei diritti ed in particolare quello che le loro acque non siano deviate dal corso solito.

Dovremmo ora prendere in esame la possibilità che una legge simile si promulgasse anche in Italia. A tale proposito noi già accennavamo che la grandissima quantità delle acque crea presso di noi una condizione di cose ben diversa da quella che ritrovasi in Francia. Chè se pure in qualche regione, come ad esempio in Lombardia, la utilizzazione di questo elemento assume delle proporzioni importanti, è anche da notare che ivi l'esperienza dei secoli dimostra che la legislazione attuale è più che sufficiente alla sua tutela. Abbiamo anche avuto occasione di notare che non potrebbe mai una simile legge essere applicata presso di noi, giacchè sarebbe necessario un rimaneggiamento di gran parte del Codice, e l'abolizione di uno dei più bei vanti della nostra legislazione, vale a dire dell'acquedotto forzoso. Anzi quest'istituto, creato appunto là dove si è formata questa parte del nostro diritto, è l'indice più evidente del diverso indirizzo che i nostri antichi tenevano in tutto ciò e della lata libertà che essi volevano conferire alla operosità di proprietarii intraprendenti.

Queste osservazioni avrebbero potuto dispensarci da un ulteriore esame della questione, ma una recente pubblicazione del Ministero dei lavori pubblici contenente i verbali della Commissione per lo studio delle riforme alla legge 20 marzo 1865, n. 2248, alleg. *F* (Parte prima, *Derivazioni ed usi di acque pubbliche*), ci costringe a non abbandonare così presto l'argomento. Già dalla relazione fatta al ministro apparisce quella speciale tendenza che ha animato i lavori della Commissione per quel che riguarda tutta una specie di sorgenti, coll'informarsi al vieto pregiudizio italiano che il Governo tanto meglio fa quanto è maggiore il numero dei negozi in cui si ingerisce.

Di più, mentre col primo articolo dello schema si deroga evidentemente al Codice, come vedremo in seguito, si è cercato per contrario di non darne le viste e di farlo passare quasi sotto banco, magari come questione di interpretazione, senza avere la franchezza di confessarlo apertamente, peggio che non hanno fatto i francesi, cambiando gli articoli del Codice. Ecco ad esempio come si esprime la relazione (p. 67) sulla questione delle sorgenti: « Quando invero l'acqua sorga e rimanga entro i confini « di una determinata proprietà, costituisce di questo naturale « accessorio, nè di regola può, nel suo corso così circoscritto, « presentare una quale che siasi importanza che tocchi il pub- « blico interesse. Le quali condizioni vengono a mancare e sorge « invece, insieme coi possibili conflitti, la necessità di comporre « le varie ed opposte esigenze, allorchè l'acqua, anzichè rimanere, « come in un campo chiuso, nella proprietà di un solo, si dilaga « e attraversa varii fondi appartenenti a proprietarii diversi.

« Senonchè alla Commissione plenaria parve che fosse meglio « dichiarare acque pubbliche tutte le acque correnti eccettuando « solo quelle dei canali artificiali patrimoniali, destinati ad « esclusivo uso privato ». Sarebbe davvero difficile indovinare da ciò che la Commissione parziale era contraria ad includere le sorgenti dei fiumi e torrenti fra le acque pubbliche e che ciò fu fatto solo dalla Commissione plenaria. E ripetendo il vecchio giuoco fiscale, si è finto che la spogliazione degli uni significhi perequazione di tutti nei diritti e nei pesi.

Facendoci ad esaminare il primo articolo del disegno e le relative discussioni, si scorge subito quanto poco sia stata ponderata la gravità del suo contenuto. Prendiamo solo il primo comma che è quello che maggiormente interessa.

« Sono soggetti a pubblica amministrazione e denominati « acque pubbliche: *a*) i fiumi, i torrenti, *con le sorgenti di* « *essi* ed i canali navigabili ».

Pur accettando senza discussione il riconoscimento legislativo di questa classe di acque, le acque *pubbliche*, la cui natura rimane sempre controversa, la prima domanda che viene spontanea alla mente di ognuno è come si potrà conciliare con questa formula così incerta la latissima espressione dell'art. 540 Cod. civ., che riconosce al proprietario di una sorgente la più ampia facoltà di usarne. Molto probabilmente l'avere dichiarato pubbliche le sorgenti dei fiumi e torrenti non significa ancora averle tolte al dominio privato, ma allora il contrasto con l'art. 540 Cod. civ. è massimo, perchè la pubblica amministrazione potrà impedire a suo libito un uso qualsiasi dell'acqua. Se invece si sostiene che la pubblicità nel caso involve anche la demanialità, e perchè allora non specificarlo, e non derogare espressamente al Codice? È ben facile prevedere che in tal modo si costringerebbe la giurisprudenza ad un lunghissimo periodo di controversie su tale punto, ciò che sarebbe certamente da evitare. Ma di tutto ciò neppure una parola è apparsa nei verbali delle discussioni, in cui gli articoli riguardanti le sorgenti non furono mai non solo presi in considerazione ma neppure nominati.

Non possiamo neppur lasciar passare senza osservazione la equivocità della formula adottata. Si sono volute inchiudere nella disposizione tutte le sorgenti che defluiscono con le loro acque, anche indirettamente, nel fiume, ovvero solo quelle principali che può dirsi che formino il fiume? Da questo solo accenno si vede quale enorme latitudine di interpretazione sia lasciata al prudente arbitrio del giudice.

Nè meno censurabile sembra l'articolo 4 dello schema che nella fine misconosce l'esistenza di qualunque diritto, anche per prescrizione immemoriale, sulle acque pubbliche. Le conseguenze gravissime di un mutamento così repentino e radicale, e gli im-

barazzi che da ciò potranno conseguire alle private proprietà, specialmente per quel che riguarda le sorgenti, avrebbero facilmente giustificato la esclusione di tale proposta.

Siamo però lieti di constatare che la dottrina così bene rappresentata nella Commissione dal professor Scialoja è stata quella che meno di ogni altro, avendo dato luogo anche ad aperte opposizioni, ha cooperato alla proposta di un vincolo così grave ed indefinito alla proprietà privata.

D'altra parte, se si volesse analizzare bene la questione della deviazione delle sorgenti anche grandissime, si vedrebbe con facilità quanto infondato sia il timore di danno di una certa entità, che tali derivazioni possono cagionare. Giacchè anche a porre in non cale il numero piccolissimo delle sorgenti la cui deviazione potrebbe riuscire dannosa a qualcuno (elemento questo di cui il legislatore non può a meno di non tener conto nel dettare una norma di legge, che deve provvedere alla generalità dei casi), non si può concepire un uso dell'acqua di una delle sorgenti in questione diverso da quello di servire ai bisogni di qualche grande città o alle industrie o all'agricoltura.

Non mette conto di soffermarci sulla prima ipotesi, sia per la grandissima opportunità e le utilità incalcolabili che da essa deriverebbero, sia perchè il molteplice intervento dell'autorità tutoria in tutti gli atti di un comune esclude qualunque pericolo di danneggiamenti, soprusi e simili.

Pel secondo e pel terzo caso, siccome molto spesso le diversioni possibili non si avranno che o dentro il fondo in cui sorge l'acqua o per brevi tratti fuori di esso, dopo di che essa verrà restituita al suo corso ordinario, come pretendere di impedire anche questi fatti di importanza così limitata? Quando poi si tratta di casi più gravi, come, ad esempio, sarebbe la diversione di sorgenti di grandissima portata, le cui acque, già molto utilizzate più in basso volessero condursi da una vallata in un'altra, oltrechè ad esser questa un'ipotesi pressochè assurda, entreranno a far parte di questo fatto tanti e così diversi elementi, che renderanno quasi sempre inattuabili simili progetti. Così per esempio il criterio finanziario escluderà sempre tali lavori per l'irrigazione (giacchè è noto che essa allora sol-

tanto può convenire, quando il prezzo dell'acqua sia estremamente basso, ed è noto insieme che i canali di irrigazione non sono mai imprese felici dal lato finanziario), mentre li renderà possibili solo in casi eccezionali per le industrie.

Se da ultimo aggiungiamo a tutto ciò gli impedimenti che le autorità amministrative possono porre alle diversioni che realmente fossero nocive, dalla negazione della dichiarazione di pubblica utilità (che nei grandi lavori riesce assolutamente indispensabile), alla espropriazione stessa delle sorgenti, come già abbiamo detto, si vede quanto siano infondati i timori per queste diversioni e quanto sarebbe improvvida una legge che in un modo o nell'altro mutasse le norme attuali sulle acque che da tanti secoli servono d'esempio e di modello di ciò che può esservi di più perfetto, così dal lato della teoria come da quello della pratica, in tutta questa materia.

Se si volesse ora abbracciare con un ampio sguardo sintetico tutto quello che fin qui abbiamo esposto, occorrerebbe riconoscere che un intenso lavorìo di trasformazione si viene tentando di compiere. Si cerca di conquistare dei concetti generali diversi da quelli che ci tramandarono i secoli: si adattano alle antiche formule significati nuovi, per trascinarne la parola alle nuove idee e con nuove formule legislative si trama la rovina degli attuali principii regolatori del diritto.

Sarebbe strano volersi opporre ciecamente ad una trasformazione sol perchè tale, e se ella sarà apportatrice di norme più adatte a tempi mutati, sia pure la benvenuta. Ma sarebbe pure colpevole non voler riconoscere le continue imperfezioni che accompagnano questo movimento e gli errori nei quali si rischia di cadere ad ogni piè sospinto. Devesi poi tenere in vista anche un altro fatto importante. Per un fenomeno naturale, comune a tutte le trasformazioni, nel corso di queste si giunge molto più lontano dei termini nei quali esse vengono quindi a fissarsi quando siano compiute. Ciò rende ragione degli sbalzi della dottrina nei tentativi di nuove costruzioni giuridiche, spesso esagerate ed incomposte. Riguardo a noi, siccome, a dir vero, non ci sembrano nè sufficienti le ragioni, nè giusti i limiti del tentato mutamento, troppo offensivo del diritto di proprietà, ci siamo opposti per

quel poco che era da noi, ed abbiamo cercato di rilevare gli errori ai quali si va incontro con un simile movimento.

§ 7. Dove giunge la proprietà delle sorgenti. Diritto di scavo e taglio delle vene.

Poc'anzi abbiamo considerato, nei rapporti della proprietà, la sorgente come un'accessione del fondo in cui si trova. Ma siccome essa non è un fatto localizzato e ristretto ad un determinato punto, ma trae invece la sua origine da un gran numero di fatti che la precedono e di cui essa è soltanto una conseguenza, mentre è a sua volta l'origine di molti altri che la seguono, facciamoci ora a considerare distintamente gli uni e gli altri.

È notorio che le sorgenti, come anche si disse nella definizione datane al principio, non sono altro che delle manifestazioni alla superficie della terra delle acque che scorrono nel seno di essa. Le acque atmosferiche penetrate nel terreno, a cagione della gravità, tendono a discendere nei luoghi più bassi, ma stante la maggiore o minore permeabilità del terreno, l'inclinazione degli strati e la disposizione delle roccie impermeabili, si riuniscono in quei luoghi in cui la porosità permette ad esse un passaggio più facile, finchè o si raccolgono in bacini o si dispongono in corsi sotterranei, ovvero, terminato all'aperto lo strato impermeabile al di sopra del quale generalmente si raccolgono, esse [1] ivi si mostrano formando una sorgente.

Noi non possiamo in alcun modo attribuire a queste vene d'acqua quel carattere individuale, che la legge attribuisce alle sorgenti, giacchè essa non lo ha loro riconosciuto stante quella immedesimazione ed identificazione col suolo in cui si trovano le acque latenti, cosicchè appaiono invece costituite col fondo unicamente nel legame che è caratteristico dell'accessione.

[1] Cfr. nel diritto greco la disposizione solonica sull'approfondamento dei pozzi fino alla creta.

Delineato così nei suoi caratteri fisici e giuridici più importanti tale fatto, ci sarà facile ora procedere con sicurezza e liberamente nelle sue applicazioni. La prima questione da risolvere è quella dell'appartenenza di queste vene: ricordavamo testè che esse si trovano col fondo che traversano in un rapporto giuridico che è quello dell'accessione; ed è appunto in virtù dell'accessione medesima che esse appartengono al proprietario del terreno in cui si trovano. Il Codice civile nella formula dell'art. 440: « Chi ha la proprietà del suolo ha pure quella dello « spazio sovrastante e di tutto ciò che si trova sopra e sotto la « superficie » [1], comprende anche le vene d'acqua e perciò saremo sempre liberi di scegliere fra il principio dell'accessione e quello dell'art. 440 Cod. civ. od anche di adottarli entrambi a fine di determinare le proprietà delle vene d'acqua. Si hanno quindi tante successive accessioni a vantaggio delle proprietà che le acque latenti traversano, accessioni che stanno fra loro nel rapporto di causa ad effetto, essendo le più vicine subordinate alla esistenza delle più remote. Perciò le acque sotterranee spetteranno sempre ai proprietarii dei fondi attraversati e ciascuno di questi avrà il diritto di utilizzarle, come cosa sua, recidendole, per esempio, con appositi cavi fatti nel proprio terreno.

Abbiamo accennato poc'anzi al legame che si ritrova fra le successive accessioni che si verificano a favore dei fondi attraversati da queste vene d'acqua sotterranee, e che, fondandosi sopra un fatto del tutto naturale di subordinazione, crea per conseguenza a sua volta una subordinazione nei diritti dei singoli proprietarii. Da ciò procede che ognuno di essi in tanto potrà utilizzare quelle vene, in quanto esse giungano dai fondi superiori nel proprio. Ciascun proprietario di tali fondi sarà perciò anche proprietario delle vene subordinatamente a tutti coloro che lo precedono: trattasi in altri termini di una proprietà sottoposta alla condizione del non uso che ne venga fatto dai proprietarii supe-

[1] Cfr. art. 552 Cod. civ. franc. « Le propriétaire d'un sol peut faire « au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et « tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les « modifications des lois et règlements relatifs aux mêmes, et des lois et « règlements de police ».

riori, per cui l'acqua, trasmettendosi agli inferiori, possa da questi venire acquistata per mezzo dell'accessione; giacchè, altrimenti col mancare delle vene verrebbe a mancare l'oggetto stesso di questa proprietà.

Con ciò noi siamo giunti anche a tracciare una linea di distinzione ben profonda fra la proprietà della sorgente e quella delle vene d'acqua sotterranee, considerandole, come già la Cassazione di Napoli (1), quali due distinti oggetti della proprietà.

Crediamo che queste poche osservazioni siano anche sufficienti a togliere al fatto della rescissione delle vene quell'odiosità che alcuni hanno voluto vedervi, restituendogli il suo vero carattere. Essa si presenta come null'altro che un uso della proprietà (2), potendosi equiparare, infatti, al caso di un' acqua che, sorta in un fondo superiore discende agli inferiori con un corso del tutto facoltativo (3), e che viene usata nei fondi intermedii secondo le regole dell'art. 543 Cod. Civ. Questo concetto così chiarito esclude qualunque idea di danno cagionato al fondo inferiore pel noto principio che *nemo damnum dat qui iure suo utitur* (4).

Ciò è sufficiente per riconoscere la liceità astratta di questo atto, liceità del resto che non viene contrastata neppure dai nostri

(1) Sentenza 25 gennaio 1876. *Foro It.* I, 188.

(2) Dionisotti. op. cit. § 156.

(3) Romagnosi, *Condotta*, § 895: « Se io scavo nel mio fondo per far « scaturire un'acqua, e che io la tolga al vicino, non fo altro che deviare « un'acqua che sotterra scorreva *naturalmente* dal fondo inferiore. Qui non « v'è lesione di proprietà altrui, come non v'è quand'io mi approfitto di « un'acqua naturalmente scorrente sopra terra ». E nel § 896 soggiunge: « Nello scavare un fontanile si tratta di una corrente che può esser deviata « da me *prima* che giunga al fondo altrui, perchè prima passa, sebbene « sotterra, nel fondo mio libero da servitù. L'acqua diviene propria dell'in« feriore solo quando è GIUNTA a lui. Per togliere la mia facoltà occorre « una servitù di divieto ».

(4) Romagnosi, op. cit. loc. cit. n. 898. — Gianzana, op. cit. n. 774. Il Gianzana stesso nell'altra sua opera: *Le acque nel Diritto civile italiano*, Torino, 1879. Un. Tip. Ed. vol. I, p. II, n. 306 e segg., aveva seguito l'opinione che considerava il taglio delle vene come compreso nell'art. 578 e quindi vietato.

avversarii [1]. Vedremo fra breve come il legislatore italiano non abbia sancito nessuna proibizione di tale atto nel codice, il che torna pure ad argomento di riprova a favore della nostra tesi [2].

Pertanto se anche l'acqua di tali vene sotterranee fosse usata da gran tempo nel fondo inferiore, non potrebbe mai dirsi che rechi danno il proprietario superiore, il quale scava per qualsivoglia ragione nel suo e con ciò taglia le vene d'acqua del proprietario inferiore.

Non dovremo perciò distinguere se si tratti del caso ordinario e tipico di un proprietario che voglia utilizzare quelle vene per proprio vantaggio, ovvero di un appaltatore che negli scavi di un sottosuolo recide le vene delle fonti altrui [3], giacchè la legge non pone alcuna eccezione.

Si è molto controverso in Francia se questa teoria possa applicarsi anche ai grandi lavori di scavo compiuti dalle Pubbliche Amministrazioni per loro conto ed in generale a tutti i lavori pubblici, qualora abbiano per effetto di recidere le vene di sorgenti che esistano nei fondi vicini, o non piuttosto sia l'Amministrazione pubblica obbligata a compensare la pri-

[1] Cfr. Cass. Torino, 9 febbraio 1903, Com. di Castello sopra Lecco-Com. di Rancio di Lecco (*Giurispr. Ital.* 1903, I, 1, 313), dove, pur applicandosi l'art. 578 Cod. Civ. al taglio delle vene, si dice: « Ciò assicura che, « se il patrio legislatore volle rispettato il diritto del primo occupante, « volle però ad un tempo riconosciuti e rispettati i diritti inerenti alla « proprietà del suolo consacrati dagli art. 436 e seg. più sopra ricordati « e che esso volle egualmente guarentire ». Picard, op. cit. C. II, n. 2 e segg. Riguardo alla giurisprudenza l'opinione contraria è ora seguita dalla Cass. di Torino, v. p. e sent. succitata, che prima teneva la opinione da noi accettata, ed è stata sempre seguita dalla Cass. di Palermo.

[2] Essa è adottata da gran parte della dottrina ed è molto controversa nella attuale giurisprudenza italiana, prima del tutto favorevole, mentre è concordemente accettata nella francese. Pacifici-Mazzoni. op. cit. nn. 65, 66, 67. — Laurent, op. cit. vol. 7°, n. 178. — Ducarroy, Bonnier et Boustain, t. II, p. 77, n. 63. — Pardessus, op. cit. n. 76. — Toullier, op.° cit. III, 328. — Aubry et Rau, *Corso di Diritto civile francese*, Napoli, 1858, I, § 243, nota 6. — Demolombe, op. cit. VI, p. 75, n. 65. — Garnier, op. cit. III, 713. — Daviel, *Des cours d'eau*, III, n. 893. — Per la giurisprudenza francese v. le sentenze citate dal Picard, op. cit. C. II, § 2, n. 1, p. 75.

[3] App. Catanzaro, 1° luglio 1896, Minist. dei Lavori Pubblici-Salzano (*Legge* XXXV, 2, 262).

vazione derivatane al proprietario delle sorgenti. La questione si è fatta principalmente per le gallerie (tunnels) e per le grandi trincee. Il Consiglio di Stato francese, mentre sino al 1883 aveva tenuto sempre l'opinione che esclude qualsivoglia compenso per questi fatti, dal 1883 in qua ha modificato la sua giurisprudenza e, attenendosi al parere del sig. La Vavasseur de Précourt, commissario del governo, ha dichiarata responsabile l'amministrazione dei danni provevuti dall'intercisione delle vene di sorgenti [1].

L'argomento che si adduce a favore di questa tesi è che il Codice civile non prevede nè deve prevedere altro che ciò che accade ordinariamente nei rapporti fra privati, e non può quindi applicarsi a lavori di gran lunga superiori ai comuni, come quelli appunto che lo Stato spesse volte compie.

Si è quindi ripetutamente dichiarata responsabile l'amministrazione dei tagli di vene di sorgenti già esistenti.

A dir vero la tesi, presa così generalmente, è forse eccessiva. Nel caso di grandi trincee, specialmente, dopo che il Governo ha espropriato il terreno su cui devono costruirsi, divenendone perciò padrone, e simile quindi a qualunque altro proprietario, non sembrerebbe sufficiente a giustificar questa tesi l'argomentare dalla grandezza dei lavori; giacchè anche semplici privati, per non parlare delle Società industriali, compiono spesso lavori tutt'altro che ordinari, cui, non pertanto, dovrebbe sempre applicarsi la regola ordinaria.

La cosa invece non procede più così chiara quando si tratta delle gallerie. In questo caso per l'espropriazione avvenuta del sottosuolo, si ha una strana posizione di rapporti giuridici tra il proprietario del suolo e quello del sottosuolo. Quali sono i rapporti che devono intercedere fra i due? È egli possibile applicare le stesse regole che governano le proprietà limitrofe sulla superficie della terra? Se accade quindi che con tali scavi si recidano delle vene d'acqua, si inaridiscano sorgenti, che cosa si dovrà

[1] Cons. di St. 11 maggio 1883. Chamboredon et Brahic c. Cie de P. L. M. — 29 febbr. 1884 Cie de P. L. M. c. Ozil. — 22 maggio 1885. Cie générale des eaux c. Comm. de la Roquette. — 8 agosto 1885. Cie de P. L. M. c. Martin. — 4 decembre 1885. Com. di S. Ferrol d'Auroure.

dire? In Francia coloro che sostengono la responsabilità della pubblica amministrazione per i danni di questo genere, che si verificano nell'esecuzione di lavori pubblici, argomentano a favore della loro tesi oltre che dal fatto che essa non ha espropriato, nel caso di gallerie, altro che il sottosuolo, anche dalla natura di questo rapporto di vicinanza non contemplato dal codice e da quella dei lavori in parola [1].

Per vero, non ci sembra che si possano vedere nel caso delle gallerie o *tunnels* delle differenze tali da giustificare la disapplicazione dei principii generali poc'anzi esposti. Il governo o la società, colla espropriazione del sottosuolo ne è divenuto proprietario non meno di qualunque altro. Si troverà perciò, per quel che riguarda la recisione delle vene d'acqua, in una condizione analoga, per non dire identica, a quella di un proprietario di un fondo superiore. Non trovo perciò alcun argomento di valore, che, nel caso in cui il proprietario del sottosuolo, usando di questo (e per giunta, almeno nella maggior parte dei casi, in un modo riconosciuto dalla competente autorità come socialmente utile) recida le vene dei fondi *sovrastanti* o vicini, possa giustificare un ripudio dei principii normali del diritto.

Dal riconoscimento della proprietà delle vene d'acqua in colui che le ha nel suo terreno, il Gianzana [2], seguendo esplicitamente il Laurent [3], passa a far questione ove giunga la proprietà della fonte e dice: « È questione ove giunga la pro-
« prietà della fonte. Noi opiniamo col Laurent che al proprie-
« tario del fondo, dove essa sorge, appartenga, quando le vene che
« l'alimentano siano pur esse sulla sua proprietà; che se queste
« sono nel sottosuolo dei fondi vicini, salvo le limitazioni che
« più innanzi accenneremo, le acque stesse apparterrebbero a colui
« che, segando le vene le facesse nel suo sgorgare. Quando perciò
« diciamo che la sorgente è accessorio del fondo, ciò intendiamo
« in quanto le acque che alimentano la sorgiva scorrono nel sot-

[1] Cfr. Picard, op. cit. p. 101.
[2] Op. cit. p. 708.
[3] Op. cit. vol. VII, n 178.

« tosuolo del fondo stesso; che, se cessano per qualsiasi causa di « filtrarvi, viene a cessare il diritto di accessione, cessando il « fatto che vi dà luogo ». Non sembra, a dir vero, molto esatto che la proprietà della sorgente sia quasi una conseguenza della proprietà delle vene d'acqua. Il Codice, riconoscendo le sorgenti come immobili per sè stanti, ha escluso qualsiasi possibilità di dipendenza fra la proprietà di queste e quella delle vene d'acqua sotterranee. È anche inutile e non giova alla questione il dire che, se le vene d'acqua fossero nel sottosuolo dei fondi altrui, tali acque apparterebbero a chi le recidesse, facendole sgorgare sul proprio terreno, giacchè è anche vero che finchè ciò non siasi fatto, la sorgente primitiva seguiterà ad esistere ed apparterrà sempre a colui che la possiede nel proprio terreno. Così pure credo che sia poco chiaro il dire che la fonte è un accessorio del fondo, in quanto che le acque che la alimentano scorrono nel sottosuolo del fondo stesso. In altre parole: o noi parliamo di una determinata sorgente, e questa finchè esiste sarà del proprietario del fondo in cui sorge, di per sè ed indipendentemente dal fatto del corso sotterraneo delle vene; o noi parliamo dell'acqua che sgorga dalla sorgente, ed allora, siccome questa (secondochè abbiano detto poc'anzi) compie nel suo corso sotterraneo una serie di accessioni, l'ultima delle quali poi termina con la sorgente, è naturale che, finchè quelle superiori non saranno interrotte, l'acqua potrà giungere sino alla sorgente e quivi essere utilizzata; se poi le vene saranno tagliate, allora l'acqua non compirà più le accessioni inferiori e non potrà quindi venire ulteriormente in proprietà di colui che aveva la sorgente nel suo fondo. « L'acqua, « dice il Romagnosi, diviene propria dell'inferiore, solo quando « *è giunta* a lui... Se l'inferiore possiede l'acqua, non possiede « le prime ed occulte sorgenti, come non possiede le palesi. Pa« drone del suo fondo, il dominio spira coi confini del fondo « stesso » (1). Queste parole che il Romagnosi riferisce ai corsi d'acqua non demaniali, possono facilmente applicarsi al caso nostro per identità di ragioni giacchè è naturale che se i primi proprietarii non usano l'acqua appropriandosela, questa potrà

(1) *Condotta*, § 895.

essere usata ed appropriata dai fondi inferiori. Abbiamo voluto notare questa, che ci sembrava una falsa posizione della questione, fatta dal Gianzana, tanto più che esattissime sono invece le conseguenze che l'Autore ne trae a risolvere il problema propostoci: « Ci pare quindi esatto il concetto espresso dalla Cas-« sazione di Napoli colla sentenza 25 giugno 1876 (Foro ita-« liano I, 1, 188) che, sia per i principii di idrografia che pelle « nuove ed antiche leggi (l. 1, § 8 D. *De aq. quod et aet.*) la « sorgente o fonte deve riconoscersi non nelle vene esistenti nelle « viscere della terra, ma nella massa d'acqua che, raccolta mercè « le suddette vene, sgorga e spicca in un dato luogo della su-« perficie del pendio ».

Il Laurent, dopo riconosciuto il principio surriferito aggiunge: « Si donc les deux terrains étaient expropriés pour cause d'uti-« lité publique, l'indemnité alloué pour la source serait due au « propriétaire dans le fonds duquel la source avait son cours sou-« terrain avaint de jaillir ailleurs ».

Ora ciò è certamente erroneo.

L'espropriazione colpisce direttamente e solamente il proprietario della sorgente, togliendogli appunto la proprietà di questa: ma tale proprietà così tolta deve senza dubbio essere risarcita. L'obbiezione desunta dalla possibilità del taglio delle vene, è assolutamente infondata. Se la pubblica amministrazione non ha imposto sui fondi limitrofi, nell'atto della espropriazione della sorgente, la servitù di non tagliare le vene, come poteva e doveva fare, suo danno. Se sarà realmente eseguito il taglio delle vene, essa, come qualunque altro privato sarà costretta a pagare due volte.

Cade in acconcio esaminare qui tutta la questione della servitù di non tagliare le vene. Egli è certo che essa risulta tacitamente imposta sul fondo di colui che vende la sorgente. Obbietto del contratto è stata appunto l'acqua della sorgente, e non si può quindi supporre che il compratore abbia acquistato la fonte con l'alea di vedersela asciugare, nè che il compratore possa, senza frode, essersi riservato tacitamente il diritto di tagliare le vene: sarebbe ciò contro il principio della garanzia della cosa venduta che deve esser prestata dal venditore, ed al compra-

forza dell'art. 643 Cod. fr. (542 Cod. civ.), che sia, cioè, necessaria al comune medesimo; ed opina che allora il proprietario di un fondo superiore non possa più tagliarle: « car la loi serait « en contradiction avec elle-même si elle pouvait autoriser dans « quelqu'un la faculté de priver la commune ou le hameau de « l'usage de l'eau qu'elle leur accorde le droit d'exiger quand « ils n'en sont pas en possession, ainsi que le veut l'art. 643 du « code. Ce propriétaire serait donc obligé de souffrir que, pour « se mantenir dans sa possession, la commune rétablit le cours « du ruisseau souterrain pour remettre en activité sa fontaine. « Et nous estimons qu'alors il n'y aurait aucune indemnité à lui « payer à cet'égard, puisqu'il ne s'agirait que de rétablir l'an- « cien état des choses » [1].

La ragione addotta dall'autore per sostenere l'illiceità del taglio delle vene non vale, perchè è appunto per essa che la legge sancisce il principio dell'art. 542 Cod. Civ. (643 Cod. fr.). Ora, avendo voluto il codice che fosse compensata la limitazione che si introduceva contro il dominio privato, non si comprende come il Proudhon non voglia poi compensare il diritto che egli pur riconosce a quest'altro proprietario, mentre riconosce che tale diritto venne limitato. Chè anzi è una flagrante contradizione con sè medesimo; giacchè mentre riconosce dapprima il diritto a recidere le vene, quando si tratta poscia di compensare la restrizione che egli apporta alla proprietà di colui che nel suo fondo recide quelle delle sorgenti contemplate nell'art. 643 c. fr., nega ad esso qualunque indennità, dicendo che « il ne s'agi- « rait que de retablir l'ancien état des choses! »

I due casi ora esaminati di limitazione della facoltà di tagliare le vene e della conseguente *servitus non fodiendi*, imposta ai fondi vicini, appartengono alla classe delle limitazioni di questa facoltà derivanti da un titolo. Di questi titoli, oltre quelli enunciati, possono anche esservene molti altri, i quali conducono alla creazione della servitù di non tagliare le vene e fra essi, tipico, la convenzione diretta appunto a questo scopo.

[1] Proudhon, op. cit. n. 1547.

La servitù in discorso può del resto, come tutte le altre, esser introdotta anche per mezzo della prescrizione e della destinazione del padre di famiglia.

Sembra difficile, a primo aspetto, concepire una prescrizione della servitù di non tagliare le vene, data l'invisibilità delle vene d'acqua e l'impossibilità di un gran numero di quelle forme esteriori che costituiscono il possesso di una persona sopra una cosa determinata. Purtuttavia possono darsi dei casi in cui ciò sia possibile; ad esempio: si trova nel fondo, superiore a quello in cui esiste la sorgente, uno scavo che la danneggia perchè recide in parte le vene d'acqua. Il proprietario di questa riempie il cavo e ad evitare che venga formato di nuovo, vi pianta degli alberi. Questo stato di cose riconosciuto e mantenuto dal proprietario del luogo potrebbe certamente servire di base alla prescrizione; ed a seconda dei casi i giudici potranno ritenere opere di questa fatta come quelle visibili e permanenti, richieste dall'art. 541 Cod. civ. per determinare il possesso della sorgente.

Riguardo alla destinazione del padre di famiglia, è da notare che nei casi in cui questa si verifica, potrebbe aversi con grande facilità nello stesso tempo la costituzione per titolo di questa servitù. Così ad esempio nelle divisioni ereditarie e nelle alienazioni. È però da osservare in questi casi, e specialmente nelle divisioni ereditarie, che la costituzione della servitù si avrà principalmente in forza della destinazione del padre di famiglia, e solo sussidiariamente in virtù del titolo, giacchè la destinazione del padre di famiglia opera di per sè di pieno diritto.

La pura costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia risulterà, ad esempio, dal fatto di un proprietario che venda diviso in due parti il proprio fondo, in una delle quali si trovi la sorgente, da lui utilizzata, e nell'altra le vene idriche che la alimentano giacchè allora appunto si avranno due fondi attualmente divisi che sono stati posseduti dallo stesso proprietario, il quale ha poste o lasciate le cose nello stato dal quale risulta la servitù [1].

[1] Art. 632 Cod. civ.

§ 8. Emungimenti.

L'art. 578 Cod. civ. e sua interpretazione.

Prima di intraprendere la discussione di un punto molto controverso del nostro diritto, crediamo opportuno, ad evitar confusioni, far precedere l'analisi del fatto.

Nel fondo del mio vicino, superiore al mio, esiste non molto lungi dal confine, una sorgente di sua proprietà. Io non avendo sorgenti nel mio fondo e non potendo recidere le vene di quella del vicino, non trovandosi neppure esse sul mio, pratico uno scavo vicino il più possibile a questa, pur osservando le distanze volute dal codice. Con grande facilità, dandosi opportune condizioni geologiche, si vedrà allora trapelare in abbondanza acqua dalle pareti dello scavo. e raccogliersi in fondo al medesimo e contemporaneamente diminuire l'acqua nella sorgente superiore fino ad inaridirsi. Ora ciò può accadere per due ragioni: o la sorgente infatti era alimentata da una gran falda d'acqua sotterranea molto estesa, che discendeva verso il basso, traversando così il terreno superiore, come il mio e quelli che vengono dopo di esso, ovvero era formata da una vena isolata e circoscritta che terminava appnnto colla prima sorgente, la quale a somiglianza di un canale all'aperto, trattenuto da argini di terra più o meno permeabile, inzuppava il terreno circostante sino ad una distanza variabile secondo le condizioni del sottosuolo. Nella prima ipotesi lo scavo, procurando all'acqua un'uscita molto bassa, ha fatto di conseguenza abbassare tutte le vene sotterranee, ragione per cui la sorgente è rimasta asciutta; nel secondo io ho diminuito la parete che mi divideva dall'acqua del vicino sino a renderla permeabile da questa, così che essa, collo sfuggire a traverso i meati del terreno, impoverisce la sorgente che prima alimentava.

Non è difficile vedere quanto sia diversa la natura di questi due casi: nel primo io, collo scavare nel mio fondo, non faccio che utilizzare una corrente d'acqua che lo attraversa naturalmente; utilizzo cioè quello che già possiedo senza nulla cercare nel terreno altrui. E se per condizione naturale delle cose, trovandosi lo scavo da me fatto più in basso del fondo del vicino,

la sorgente viene a patire una diminuzione ed anche un totale essiccamento, ciò non potrà imputarsi a me che non ho fatto che esperimentare una delle facoltà del proprietario, cioè l'utilizzare l'acqua del proprio sottosuolo.

Crediamo che appunto a questa prima ipotesi si fermino coloro che sostengono la liceità dell'emungimento, ciò che certamente non è erroneo se sotto tale nome si vuol comprendere anche questo fatto.

Vedremo tuttavia se e quali restrizioni la legge apporti a questo diritto.

Nella seconda ipotesi la posizione giuridica del fatto è mutata radicalmente. Non è più che io utilizzi l'acqua del mio sottosuolo, ma per contrario, col togliere un riparo esistente nel mio fondo, faccio discendere in questo, ove prima non si trovava, in virtù della *pressione filtrante*, come dice il Romagnosi, l'acqua esistente nel fondo superiore. Non sarei perciò meno colpevole di colui che pretendesse scavare ad una distanza così piccola da un serbatojo che non gli appartenga, da far sì che per la spinta esercitata sulle pareti, l'acqua abbattesse lo strato di terra interposto e si riversasse nel fondo inferiore.

A simiglianza di questo, che è per così dire il caso estremo dell'emungimento, può aversi una serie indefinita di altri casi egualmente dannosi. Così potrà accadere un emungimento all'altrui polla d'acqua nel ricercare una sorgente, nello scavare un canale, nel fare le fondamenta di un edificio, nel costruire una strada e simili. Abbiamo sempre parlato di sorgente essendo questo il caso che a noi solo interessa, ma non occorre dire che potranno verificarsi egualmente degli emungimenti a danno dei pozzi, canali, fontanili, serbatoi, corsi d'acqua e via dicendo.

La qualifica più giuridicamente esatta che si applica a questo fatto è quella di *furto* (1); ed invero il caso degli emungimenti non differisce punto da quello in cui noi facessimo una presa abusiva qualunque nelle acque altrui. Le prese, qui, sono molto più piccole, impercettibili ad una ad una, ma in compenso sono numerosissime: questa è l'unica differenza; l'effetto è lo

(1) Romagnosi, *Condotta*, § 880. — Mari, *Idraulica pratica ragionata*, tomo III, p. 210 ivi citata.

stesso. Da ciò proviene il canone assoluto morale e giuridico del divieto dell'emungimento, essendo un uso illecito della proprietà, ed è perciò che esso non ha avuto d'uopo di alcuna sanzione esplicita del Codice.

È però da considerare che qualora ciò venisse inteso troppo severamente, ne conseguirebbe spesse volte un inceppamento molto grave nell'uso della proprietà stessa, che sarebbe contrario a tutte le norme riguardanti questo diritto. Scopo, quindi, che l'interprete del diritto deve proporsi in questa materia, è la coordinazione di queste due idee: la difesa delle acque private e la salvaguardia dei principii della proprietà; giacchè abbiamo un atto illecito in sè, il quale perciò deve venir represso, pur combinando questa repressione coi principii di libertà. Siccome pertanto il Codice non pone nessuna norma su questo punto, si dovrà certamente dichiarare illecito ogni lavoro tendente a cagionare un emungimento, ma si dovranno anche imputare alla poca avvedutezza dei proprietarii delle acque, i quali non avessero posto gli opportuni ripari, quegli emungimenti che avvenissero come conseguenza di lavori del tutto leciti ed estranei assolutamente alla materia delle acque, come ad esempio lo scavo delle fondazioni di un edificio.

Ciò per quel che riguarda gli emungimenti veri e proprii: ma rispetto agli altri casi, se una assoluta libertà può essere possibile in un paese in cui le condizioni idrografiche sieno normali e non vi si trovi una speciale utilizzazione delle acque, non lo era certamente in tutta l'Italia superiore, in cui per una tradizione più volte secolare, e con una ammirabile accortezza, le acque tanto superficiali quanto del sottosuolo, vengono adibite per l'agricoltura e per l'industria. Ivi le antiche leggi e le consuetudini locali stabilivano una serie importante di norme per tutelare le acque, e specialmente le acque pubbliche, contro le fraudolente appropriazioni ed i danneggiamenti dei vicini. Abbiamo di ciò parlato a lungo a proposito del diritto comune, a cui quindi senz'altro rinviamo il lettore.

Quando però nel 1804 venne applicato all'Italia superiore il Codice Napoleone, che non aveva alcuna disposizione a questo proposito, si sentì il bisogno di non mutare d'un tratto tutta

questa parte della legislazione, ciò che avrebbe potuto cagionare danni gravissimi. A tal fine appunto fu dettata la legge 20 aprile 1804 che nell'articolo 55 stabiliva: « È vietato lo scavare ed « aprire sorgenti o teste di fontanili, condotti, cavi; come pure « l'approfondare ed ampliare escavazioni e sorgenti attualmente « esistenti in vicinanza ai fiumi o canali, entro la distanza nella « quale, a giudizio dei periti, possono nuocere ai fiumi o canali « o ai loro ripari ». Il Romagnosi, commentando questo articolo e argomentando dalla mancanza dell'aggettivo *pubblici* che si riscontra nell'art. 51 della stessa legge, nella quale altrove invece si parla di *fiumi*, *canali* e *scavi pubblici*, deduceva che esso fosse applicabile anche alle acque private ([1]).

Lo stesso autore osserva anche a tale proposito che la legge in questione non tutela altro fuorchè i fiumi e canali ([2]): rimangono perciò fuori della sua tutela, contrariamente a quanto dispone il nostro Codice civile nell'articolo 578, fra le altre cose, le sorgenti ed i capi od aste di fonte e non vi si comprende affatto il taglio delle vene ([3]). Egli osserva anche che quella legge non ha la sua ragione nel diritto privato, bensì nei rapporti della pubblica amministrazione o della politica, per cui la sua disposizioue non deve essere estesa oltre la lettera della legge ([4]). Questa norma dovrà anche servirci nell'interpretazione

([1]) *Condotta*, § 879.

([2]) *Condotta*, § 900.

([3]) *Condotta*, P. II, lib. III, cap. VII *passim*.

([4]) Id. § 901: « Dico che non conviene estenderla *oltre la lettera della* « *legge*. La ragione è per sè manifesta. Qui non si tratta d'un principio di « ragione *naturale privata*, cui si possa o per identità di ragione o per con« nessione logica far valere nel silenzio del testo; ma bensì si tratta di « disposizione *meramente positiva*, e tutta volontaria del legislatore, il quale, « statuendo su motivi di *pubblica* amministrazione, non è nè ristretto alle « vedute del privato diritto, nè legato alla immutabilità dei dettami di rigo« rosa giustizia privata la quale non ha che un punto inviolabile, qual'è la « *parità*. Le viste amministrative per lo contrario varie, e molte volte di circo« stanza, come non lasciano al giureconsulto la facoltà di indovinare la mente « del legislatore, così non lasciano l'arbitrio di supplire o di estendere una « disposizione la quale tendesse a favorire un cittadino *a spese* dell'altro. Que« sti sagrificii non possono essere imposti fuorchè dal sommo imperante. Dun« que le disposizioni relative non si possono pigliare che a rigore di lettera ».

del nostro articolo 578 Cod. civ., giacchè, se è vero che essa a tempo del Romagnosi non faceva parte del Codice, ma solo di una legge amministrativa, è pur vero che non ne è cambiato il carattere, anche quando si voglia considerare come comprensiva del taglio delle vene. La legge in parola fu riconosciuta come vigente nel Lombardo-Veneto dal Senato di quelle provincie con decisione 17 agosto 1820.

Il Codice albertino e quello estense accettarono tali disposizioni con una formula similissima a quella che è divenuta la formula del nostro Codice civile ([1]).

Adombrata così la storia della disposizione, determiniamone il contenuto.

Obbietto dell'articolo 578 è la difesa degli altrui fondi, sorgenti, capi od aste di fonte preesistenti e destinati all'irrigazione dei beni o al giro di edifizii. Sono quindi escluse da tale tutela in primo luogo le vene d'acqua sotterranee; in secondo luogo le acque inutilizzate di qualsiasi specie (potendo al più per queste applicarsi la regola dell'art. 545 Cod. civ.), in terzo luogo sono escluse le acque che servono a scopi voluttuarii.

Una limitazione così grave posta al diritto di proprietà, non potrà certamente farsi valere quando non concorrano evidenti quei vantaggi per l'agricoltura e per l'industria che la legge ha inteso di tutelare con questa disposizione. In tutti questi casi,

([1]) Al tempo della compilazione di quest'ultimo si discusse lungamente se si dovesse preferire il sistema delle distanze fisse o quello delle distanze variabili. Il Romagnosi (*Condotta*, §§ 885-889) si era già mostrato favorevole al sistema delle distanze fisse a seconda del grado di permeabilitá dei varii terreni e della grandezza del canale da difendere. Il progetto Pisanelli, art. 541, seguendo il Romagnosi, aveva stabilito che nel caso in cui il nuovo cavo fosse più basso dell'antico, si dovesse osservare oltre l'ordinaria distanza legale anche una distanza eguale al triplo della differenza fra i due livelli. Il difetto gravissimo di questo sistema è di non tenere in alcun conto la qualità dei terreni per cui la difesa data dall'articolo 578 spesso sarebbe illusoria. Questa considerazione aveva già deciso la Commissione senatoria in favore del sistema delle distanze variabili. Nello stesso senso si pronunciò la Commissione legislativa (Commissione legislativa, seduta antimeridiana 4 maggio 1865) non ostante la difesa dell'opposto sistema fatta dal Precerutti che allegava le autorità del Romagnosi e di Giovannetti (*Régime des eaux*, § 33).

perciò, sarà il proprietario stesso dell'acqua che dovrà occuparsi di difendere il suo con opere opportune.

Veniamo ora al punto più controverso dell'interpretazione di quest'articolo; esaminiamo cioè se esso si riferisca tanto al taglio delle vene quanto agli emungimenti, ovvero se si debba applicare solo a questi ultimi, o se pure debba applicarsi soltanto al caso di nuovi esiti aperti ad una grande falda d'acqua sotterranea che attraversa più terreni, caso da noi poc'anzi analizzato.

Alcuni pochi trattatisti e una giurisprudenza costante della Cassazione di Palermo e, recentemente di quella di Torino [1], considerano compresi i due primi fatti nell'articolo 578; altri giuristi e la maggior parte della giurisprudenza [2] applicano invece l'articolo in questione solo agli emungimenti.

L'una è l'altra tesi ci sembrano egualmente erronee. Non istaremo a ripetere qui la differenza intrinseca fra quei due fatti, l'uno dei quali è, per sè, lecito, illecito l'altro, e perciò da vietare in quanto sia fine a sè stesso, sebbene non possa considerarsi come illecito quando esso non sia che una conseguenza di un atto lecito: « Or bene come può l'art. 578, dice il Gian« zana [3], comprendere questi due fatti così diversi? ... Come « comprendere in uno stesso disposto di legge due casi che hanno « diversa ragione di essere, diverso fondamento? Il paragrafo in « cui è scritto l'art. 578 è intitolato *Della distanza e delle opere*

[1] Cass. Palermo, 8 marzo 1873, (*Annali*, VIII, 1, 277); Cass. Palermo 13 marzo 1894, Tortorici e Schirina-Corrao (*Giur. ital.* 1894, I, 1, 697; *Legge*, XXIV, 1. 656); Cass. Palermo, 6 giugno 1896, Consorzio Suarese-Maricano (*Legge*, XXVI, 2, 230; *Circ. giur.* XXVII, 305); Cass. Torino, 3 febbraio 1903, Com. di Castello sopra Lecco — Com. di Rancio di Lecco (*Giur. ital.* 1903, I, 1, 313); Genova, 23 maggio 1896, Soc. acqued. Nicolay-Cotonificio Ligure Ital. (*Giurista*, VI, 423); id. 17 maggio 1897, Mangiante-Mangiante (*Legge*, XXXVII, 2, 160; *Foro ital.* XXII, 1, 772); Ricci, op. cit. II, n 302. Foschini, *La teorica delle acque*, Torino 1871, art. 578, p. 76; Il Pacifici, *Servitù legali*, n. 615-616, sembra comprendere qualunque forma di danneggiamento.

[2] Cass. Torino, 20 luglio 1872, Soc. acqua potabile-Com. di Rivalta (*Giur. tor.* X, 152; *Legge*, XIII, 1, 392); App. Catanzaro, 13 luglio 1896. Min. LL. PP.-Salzano (*Legge* XXVI, 2, 262; *Temi*, *C.* II, 360). Gianzana, *Teorica*, n. 756 e Giovannetti, op. cit. § 33 segg.; Traina, op. cit. p. 186. Chironi, *Istituzioni*, § 152, n. 4. Il Dionisotti, op. cit. n. 313 e segg. è ambiguo.

[3] Gianzana, op. cit. § 773.

« *intermedie richieste in alcune costruzioni, scavazioni e pian-*
« *tagioni.* Or io domando se quel che la legge vuol fissare è la
« distanza, come si comprende che questa servitù di regolare lo
« scavo si trasformi addirittura in un divieto di scavare? ».

Il ragionamento dell'illustre giurista fin qui è perfetto ma poi prosegue: « V'ha di più... Non bastando la distanza attica,
« dice l'articolo, si dovranno osservare quelle maggiori distanze
« ed eseguire quelle maggiori opere che siano necessarie per non
« nuocere altrui ecc. — dunque l'ipotesi della legge non può
« comprendere che l'emungimento il quale con maggiore distanza
« e con maggiori opere si può ovviare, non l'intercisione delle
« vene cui nè le distanze, nè le maggiori opere impediscono. È
« vero che il capoverso parla di assegno di indennità, ma non
« già perchè si recidano le vene, ma perchè si facciano maggiori
« opere e si tengano le maggiori distanze. V'ha di meglio: Siamo
« in tema di servitù: la servitù è un peso imposto sopra un fondo
« a favore di un altro fondo, ma quello che si scavi o si appro-
« fondisca la fonte purchè non si recidano le vene del vicino è
« forse un semplice peso, o non piuttosto una vera abdicazione
« della proprietà, una espropriazione a favore del vicino? »

A prescindere da quest'ultima osservazione che crediamo errata in quanto proverebbe troppo, potendosi lo stesso ripetere di tutte le servitù legali, mentre dall'altro lato il divieto del taglio delle vene si esplica appunto sotto la forma di una servitù, a noi non sembra giusto il ragionamento dell'autore, almeno per ciò che riguarda l'ammissione dell'emungimento. Il legislatore innanzi tutto, parla indubbiamente in quest'articolo di un atto lecito di per sè ed in qualunque caso, ciò che contrasta essenzialmente con l'emungimento, di natura sua illecito, e che solo non può dirsi tale quando sia l'effetto indiretto di un'opera lecita. E ciò è tanto vero, che l'articolo parla di riguardi dovuti a diritti di proprietà, riferendoli anche al nuovo scavo, riguardi che non sarebbero in alcun modo dovuti, se si trattasse di emungimenti che, essendo nell'ipotesi dell'articolo fine a sè stessi, sarebbero sempre illeciti.

Lo stesso può ripetersi per le indennità a cui può farsi luogo anche a vantaggio del proprietario che ha compiuto il nuovo scavo. Qualunque cosa voglia dirsi, egli è certo che un'indennità

non può concedersi se non quando si limitino dei diritti, e non basta asserire soltanto, come fa il Gianzana, che essa verrebbe data a questo proprietario perchè si facciano maggiori opere e si tengano le maggiori distanze; ma occorre aggiungere che nè alle une nè alle altre questi era tenuto. Ora, se si trattasse di un emungimento, siccome esso nella nostra ipotesi sarebbe illecito, perchè non è considerato dalla legge some conseguenza indiretta di un'opera lecita, ma solo di per sè, il proprietario che eseguisce gli scavi potrebbe essere costretto, dal proprietario della sorgente emunta, ad impedire il rinnovarsi del danno, e cioè appunto a fare quelle opere e ad aumentare le distanze. Dopo di ciò non è chi non veda come sarebbe ridicolo parlare di indennità da pagarsi dal danneggiato al danneggiante affinchè non lo danneggi più oltre.

Ciò posto, e ritenuto che, oltre gli argomenti addotti dal Gianzana e da noi riferiti, anche altri (e fra questi principale quello desunto dai precedenti storici del nostro diritto e dal progetto Pisanelli, che espressamente diceva che il nuovo cavo doveva essere più profondo dell'antico) fanno escludere l'altro caso del taglio delle vene, è evidente che nè al taglio delle vene, nè all'emungimento può applicarsi il nostro articolo, che perciò deve riferirsi, ad un atto lecito, dipendente dall'esercizio giuridico del diritto di proprietà.

L'ipotesi da noi considerata di un abbassamento di livello di un grande *aves* sotterraneo, abbassamento cagionato da nuove uscite, formate all'acqua di questo in luoghi che si trovino più bassi delle antiche sorgenti, caso molto temuto nella Lombardia, in cui appunto i fontanili e le sorgenti hanno origine da queste grandi correnti sotterranee, risolve la questione con una facilità elementare.

L'utilizzare le vene d'acqua del sottosuolo, da dovunque provengano, è nelle facoltà essenziali del diritto di proprietà, e perciò sempre lecito. Tale atto certamente può causare la diminuzione delle sorgenti capi od aste di fonte ecc., le quali si trovino ad un livello superiore della nuova, ciò che può facilmente o con opportune opere o con aumentare le distanze, venire impedito. L'allocazione di una indennità a favore dell'uno o dell'altro proprietario non offre neppure essa, in tal caso, alcuna difficoltà, trattandosi

di una limitazione che l'uno o l'altro dei proprietarii viene a soffrire nell'esercizio dei suoi diritti, vale a dire alla libera utilizzazione delle sorgenti, o delle acque del sottosuolo. Speriamo in siffatto modo di aver pôrto una soluzione non meno equa che verisimile dell'articolo controverso.

Si fa anche questione se coloro che non sono proprietarii possano valersi di tale difesa.

Il Gianzana (1) a tale riguardo fa notare che colui il quale possiede una sorgente *iure servitutis* sul terreno altrui ha certamente diritto di difendersi dalle opere che volesse fare il proprietario del luogo col mezzo dell'art. 578. Ed invero, siccome la legge non specifica che la sorgente debba essere in proprietà di colui che vuole difenderla o non piuttosto basti che sia posseduta a titolo di servitù, e parla genericamente di *altrui sorgenti*, crederemmo che, non avendo essa distinto alcuna ipotesi, non si debba, neppure dalla interpretazione, fare alcuna distinzione e quindi si debba concedere anche a colui che usa della sorgente *iure servitutis* la difesa dell'art. 578. Ciò tanto maggiormente che, in ultima analisi, si possono far valere per la fattispecie in questione le stesse ragioni che si allegano in favore del proprietario della sorgente, e perchè, con la disapplicazione dell'art. 578 in questo caso, si faciliterebbero le frodi da parte del proprietario, che, con iscavi opportuni, potrebbe togliere l'acqua alla sorgente gravata dalla servitù.

Non cade dubbio che il proprietario dell'acqua, nell'ipotesi preveduta dall'art. 578, possa servirsi delle difese possessorie, quando si tratta di scavi eseguiti entro l'anno. Ciò, per altro, dovrà riguardare soltanto la turbativa del possesso, nè potrà estendersi alle facoltà conciliative che la legge assegna al giudice, essendo tale questione riservata al petitorio (2).

Abbiamo detto poc'anzi che, perchè sia possibile l'applicazione dell'art. 578, è necessario che i lavori abbiano per iscopo il rinvenimento di un'acqua sotterranea e che cagionino il danno.

(1) Op. cit. nn. 787, 788.

(2) Cass. Palermo 26 nov. 1898. Basile c. Bonfiglio (Ann. XXVII, 1,507. Foro Sic. VII. 833). V. pure Gianzana, op. cit. § 791, Giovannetti, op. cit. § 33.

È perciò naturale che quando non sia questo lo scopo dei lavori e si verifichi la diminuzione dell'acqua, sarà il proprietario dell'acqua così danneggiata che dovrà difendersi, nè avrà alcun diritto ad indennità.

Quid se l'Amministrazione pubblica procurò coi suoi lavori, specialmente con lo scavo di gallerie, tali danni?

La Cassazione di Roma giudicando a sezioni riunite su tale assunto [1] e sulla base giuridica della domanda di un compenso per danni di questo genere, disapplicava l'art. 578 del Codice civile e riconosceva l'invocabilità della Legge 25 giugno 1865, n. 2359, art. 46 sulle espropriazioni, perchè « per le sue origini, pei fini « cui tende e pel suo dettato, non contempla (l'art. 578), non « regola, non conclude la materia ed i rapporti che vengono a « costituirsi per causa di pubblica utilità. I rapporti generali « della costruzione di un'opera pubblica sono governati da una « legge speciale, quella del 25 giugno 1865, n. 2359; in essa « l'amministrazione espropriante attinge definizione e norma dei « suoi diritti e delle sue obbligazioni: ed i privati che risen- « tono conseguenze nei proprii beni, trovano in essa la dispo- « sizione sopra cui fondare il reclamo per la indennità o il com- « penso ». Poi soggiunge: « Certamente per la sua applicazione, « per concedere o no l''indennità domandata, per determinare se « il bene mancato costituisca un diritto o un utile o se sia fra « quegli utili che trovano per la loro speciale natura o pel van- « taggio che ne scaturisce al comune benessere speciali gua- « rentigie, dovranno consultarsi le leggi civili o quelle altre che « li possano riguardare, e da essi prendersi norma per la defi- « nizione e quindi per concludere se ai termini dell'art. 46 sia « dovuta. La ragione del domandare dovrà trarsi da questo « articolo, e secondo le disposizioni delle leggi del 1865, deter- « minarsi quanta l'indennità, se risultasse dovuta ».

Abbiamo fino ad ora considerato l'applicazione dell'art. 578: saranno sufficienti poche parole sulle condizioni che si richiedono affinchè l'applicazione stessa sia possibile.

[1] 13 luglio 1896 Salvati C. Ministero dei LL. PP. (*Giurispr. it.* 1896. I. 720. *Legge,* II, 361).

L'articolo in parola crea una specie di servitù legale a favore delle acque già utilizzate, proibendo di ricercarne altre in un perimetro nel quale, a giudizio dei periti, possano le prime essere danneggiate per mezzo di importuni abbassamenti del livello delle acque sotterranee.

Dal novero delle acque che l'art. 578 Cod. civ. protegge in tale guisa, sono esclusi i fiumi ed i canali pubblici, che invece erano inclusi nella legge per la Lombardia del 1804. La nostra legislazione ha per esse particolari disposizioni nella legge sui lavori pubblici, come ora vedremo. L'articolo quindi non si applica che alle acque private. Il coordinamento, non perfetto però, che si riscontra tra l'articolo 578 ed il corrispondente della legge sui lavori pubblici può far sorgere in pratica questioni molto numerose.

La protezione accordata alle acque private, di cui all'art. 578, riguarda soltanto le acque utilizzate per l'agricoltura o l'industria.

Così pure la gravità della restrizione sancita e la lettera stessa del Codice inducono a far ritenere che l'utilizzazione debba essere preesistente intieramente allo scavo delle nuove sorgenti e simili. Da ultimo occorre notare che la legge concede al giudice nelle controversie di questa specie un potere discrezionale molto esteso, che viene subordinato al maggior vantaggio che possa provenire al pubblico dalla utilizzazione dell'acqua che l'uno o l'altro dei proprietarii abbia fatto o sia deciso di fare. Per la natura specialissima dei casi ai quali si applica l'art. 578 era ben naturale che il legislatore non potendo regolarli con un'unica norma, stante la complicazione dei varii rapporti di diritto che entrano a farne parte, subordinasse anche quì i diritti dei proprietarii ad un criterio più alto e comprensivo, quale è difatti la utilità pubblica, dando la prevalenza a quello appunto dei due proprietarii da cui potesse ripromettersi più grandi vantaggi. Ciò per altro non significa misconoscere i diritti del secondo proprietario a vantaggio del quale il giudice deve allocare una indennità proporzionale ai diritti di cui è stato privato ed ai vantaggi perduti, indennità che fa carico a colui che ha ottenuta la tutela della legge.

Talvolta, come riferiscono ad esempio il Traina ([1]) e la sentenza della Cassazione di Torino sopra citata, è stata considerata erroneamente questa limitazione come un riconoscimento del diritto di primo occupante, quesito ed assoluto a tutte le acque già utilizzate, in modo da togliere all'altro proprietario ogni diritto di servirsi delle acque sotterranee del suo fondo. Il concetto informatore della legge, per contrario, è stato, come abbiamo già detto, una ragione di interesse pubblico e sociale ([2]), cioè la protezione dell'agricoltura e dell'industria. « Infatti, dice « la surricordata sentenza, nella prima parte non si nega già a « chi vuole aprire sorgenti nel suo fondo il farlo perchè danneg- « gino altrui, ma solo gli si impongono delle condizioni nel « farlo; e nell'alinea, prevedendosi che nella applicazione della « prima parte possono sorgere contestazioni, non si dice già « che l'autorità giudiziaria debba sempre rispettare e far rispet- « tare lo stato di cose preesistente e le opere del primo occu- « pante, ma invece si dà al giudice la facoltà e gli si impone « il dovere di conciliare i riguardi dovuti ai diritti di proprietà « e così tanto a quelli del primo che a quelli di chi si presenta « secondo, coi maggiori vantaggi che possono derivare all'agri- « coltura e all'industria dall'uso cui l'acqua è destinata, che è « quello che ne fa il primo occupante, o dall'uso cui vuolsi « l'acqua destinare dal secondo, e si soggiunge che ciò si farà « assegnando, ove sia d'uopo, all'uno o all'altro dei proprietarii « quelle indennità che loro possono essere dovute ».

Ciò per le acque private.

Alla tutela delle acque pubbliche nel nostro diritto provvede, come osservammo, la legge sui lavori pubblici, art. 168 *k*, cui rinvia l'art. 534 del Cod. civ. Occorre appena osservare che la disposizione della legge sui lavori pubblici si riferisce tassativamente agli emungimenti ([3]). Infatti la limitazione dell'art. 578 non sarebbe concepibile a riguardo dei fiumi e simili, e non potrebbe mai applicarsi alle sorgenti demaniali, non ricorrendo

([1]) Op. cit., p. 188.
([2]) Traina, loc. cit.
([3]) Gianzana, op. cit. n. 799. Traina, op. cit. p. 193.

mai in esse gli estremi voluti dall'articolo medesimo ([1]). Potrebbe sorgere la questione se le sorgenti comunali che servono ad un uso pubblico sieno tutelate dal Codice civile o dalla legge sui lavori pubblici, se cioè sia l'autorità giudiziaria o l'amministrativa quella che deve fissare le distanze da osservarsi. Siccome la dicitura dell'articolo 168*k* della legge sui lavori pubblici sembra riferirsi soltanto ai fiumi e canali demaniali, crediamo che si debba in questo caso ritenere competente soltanto l'autorità giudiziaria.

§ 9. Atti « ad aemulationem » ed acque superflue.

A completare la esposizione di quelle limitazioni alla proprietà delle sorgenti che possono venir comprese sotto il nome generico di rapporti di vicinanza, tratteremo qui della disposizione dell'articolo 545, e di tutta quella serie di atti che spesso si compiono per mal'animo tra vicini e che la dottrina del diritto comune designava con la denominazione, desunta indirettamente dalle fonti del diritto romano, di atti *ad aemulationem* ([2]). Fortunatamente però il modo, onde queste due cose sono disciplinate nel Codice, rende superflua una discussione generale degli atti *ad aemulationem* ([3]) e ci permette di restringere il discorso al commento delle nostre disposizioni positive. Un fatto molto notevole a questo proposito è che la materia delle acque

([1]) Legge sui lavori pubblici, art. 168: Sono lavori ed atti vietati in modo assoluto sulle acque pubbliche, loro alvei, sponde e difese i seguenti: ..... *k*) L'apertura di cavi, fontanili e simili a distanza dai fiumi, torrenti e canali pubblici, minore di quella voluta dai regolamenti o consuetudini locali o di quella che dall'autorità amministrativa provinciale sia riconosciuta necessaria per evitare il pericolo di diversioni e indebite sottrazioni di acque.

([2]) Cfr. Scialoja in *Enciclop. giuridica italiana*, ed. Vallardi, §§ 1, 2. Essa fu desunta dalla l. 3 pr. *De op. publ.*, D. 50. 10. La dottrina francese usa a tale proposito l'aggettivo *chicanier*: si parla così di *usage chicanier*. La parola ha trovato fortuna in Germania in cui la voce *chicane* indica lo scopo dell'atto vessatorio ed il suo divieto dicesi *chicaneverbot*.

([3]) V. in Filomusi-Guelfi, lezioni citate a. 1901-02, § 48, nota 4, la bibliografia della questione negli autori moderni.

si è prestata, si può dire nella giurisprudenza di tutti i tempi, più facilmente di qualunque altra alla costruzione della teoria degli atti emulatorii e alla loro limitazione ora diretta, ora indiretta.

Furono appunto le restrizioni di questa seconda specie quelle che ottennero maggior fortuna nelle legislazioni, nè si vide mai passata in alcuna di queste, nel corso del Diritto comune, una norma che vietasse direttamente e generalmente gli atti in parola, sicchè i tentativi che ne furono fatti, rimasero sempre infruttuosi.

Ricordata da tutti gli autori che hanno scritto sulle acque, è l'istituzione del *Magistrato delle acque*, che esisteva al secolo XVI negli stati dei duchi di Savoia, e da cui forse è derivata in gran parte nel nostro Codice la disposizione di che dobbiamo trattare.

Officio di un tal magistrato era il provvedere alla utilizzazione delle acque, *ne aquae otiosae essent*, e a tale scopo esso aveva facoltà di costringere i proprietarii delle acque inutilizzate a venderle a coloro che ne avessero difetto. Ciò, come si vede, è ben diverso dal precetto del divieto degli atti emulatorii: questo si giustifica con l'analisi della volontà individuale in rapporto alla convivenza sociale; quello si fonda nella maggiore utilità che può provenire alla società da una ben ordinata utilizzazione delle acque.

I due criterii, come è facile scorgere, sono essenzialmente diversi. Il primo toglie in esame l'elemento interno del volere, « la rocca inaccessibile della coscienza », laddove il secondo ha di mira l'utilità sociale. Il primo subordina l'uso della proprietà alla intenzione psicologica, ai motivi determinanti dell'atto, il secondo considera la proprietà di fronte alla società, ed a questo rapporto la coordina ([1]).

La possibilità di questa distinzione così nella teoria, come nella pratica, ci è confermata dal Laurent, che trovandosi di fronte al Codice francese in cui non fu scritta la norma contenuta nel nostro art. 545 Cod. civ., mentre da un lato riconosce

([1]) Cfr. Scialoja, *Del divieto degli atti emulativi in materia di acque*, in *Legge*, 1879, III, p. 236, col. 2 fine.

il divieto generico degli atti emulativi [1], non vede dall'altro possibile di costringre il proprietario della sorgente a cedere ad altri le acque superflue, neppure tenendo conto della ragione di utilità sociale invocata dal Maleville nel suo discorso al Consiglio di Stato, cui quindi è costretto a rendere omaggio solo *en législation*, vale a dire *de iure condendo* [2].

Vero è che egli parlava dall'ipotesi in cui nessuna indennità venisse accordata al proprietario, ma è pur vero che se il civilista francese ha lasciato questa ipotesi, è lecito affermare che egli non voleva ammettere la possibilità della coazione nei rapporti contrattuali fra privati all'infuori di una espressa sanzione legislativa.

Nell'analisi della teorica generale della emulazione è stato avvertito dal ch. prof. Scialoja come la materia delle acque, ad esclusione di qualunque altra, è quella sulla quale si è aggirata questa dottrina [3]. Ed anzi sembra che egli si valga di questo fatto per dimostrare l'impossibilità che alla proprietà in generale possano applicarsi delle norme di questo genere [4]. Molto importante pel nostro assunto è l'osservazione del ch. professore che: « chi studia il Diritto e la proprietà in generale deve ri-« fiutare il divieto della emulazione: chi invece si faccia ad « esaminare particolarmente le acque deve concludere che si « vietino quegli atti che tendano a renderle inutili, che si fa-« voriscano quelli che mirano a trarne profitto: ma questa pro-« posizione contiene una conseguenza di un principio ben più

[1] Laurent, VII, 555, citato dal Filomusi; da aggiungere id. ib., n. 188 che riguarda la materia delle acque.

[2] Laurent, VII, 188. Il Maleville nella seduta del Consiglio di Stato 4 brumajo a. XII, n. 6 (Locré, t. IV, p. 165) diceva: « La propriété des eaux est d'une nature particulière. Sans doute celui dans le fonds duquel l'eau surgit a le droit de s'en servir, quand même pendant mille ans elle aurait coulé dans les fonds du voisin, à moins que celui-ci se les fût appropriées par un titre ou par la prescription. Mais les besoins de ce prémier propriétaire une fois satisfaits, l'equité, l'*intérêt public* et la destination de l'eau ne permettent pas que les fonds inférieurs en soient arbitrairement privés: la Providence a créé pour tous cet élément necessaire à tous ».

[3] Loc. cit. p. 236, col. 1.

[4] Loc. cit. ibid.

« alto che non sia quello della repressione dei dispetti ». Ben si vede da quello che in appresso dice il lodato professore a proposito della natura delle acque e della magistratura piemontese, dianzi accennata, che il principio cui egli allude è quello che noi riconoscevano come direttivo del secondo criterio di limitazione della libera disposizione delle acque, cioè quello della massima utilizzazione delle acque.

Tale criterio è stato appunto sanzionato dal nostro Codice nell'art. 545. considerando sia la natura speciale della proprietà delle acque, che, estremamente diffusibili, tendono spontaneamente a soddisfare i bisogni di una serie di persone gli uni dopo gli altri ([1]), sia l'utile che ad una nazione può provenire dall'uso completo dei vantaggi ritraibili da quest'elemento. Coll'impedire che di esso venga fatto un inutile sciupio ([2]), il legislatore italiano, nell'interesse stesso dello Stato, ha posto, con esempio unico tra le legislazioni moderne, questo vincolo alla proprietà individuale delle acque, affinchè la tutela e la sanzione concessa alle singole manifestazioni di questa proprietà non dovesse ritorcersi a danno della società intera.

Alcuni autori come il Gianzana ([3]), il Traina ([4]) (ed in minor parte anche il Pacifici ([5]), in quanto fa derivare la disposizione che esaminiamo, dai due principii: *quod tibi non nocet et alteri prodest facile est concedendum*; e: *malitiis haud indul-*

([1]) Romagnosi, *Ragione*, § 401. « D'altronde parmi che in materia di « acque la massima: *quod tibi non nocet et alteri prodest facile est conce-* « *dendum*, si possa convertire in un vero dovere. Postochè al genere umano « l'uso dell'acqua è indispensabile e postochè di sua natura è diffusibile, ne « viene, che, soddisfatto al bisogno di un privato, la parte che rimane sia « per naturale diritto devoluta agli altri; e ciò molto più nella sociale con- « vivenza ».

([2]) Giovannetti, op. cit. § 18: « L'avantage du plus grand nombre « n'exige pas seulement que l'on puisse profiter du capital de l'eau mais que « l'on profite reellement ».

([3]) Gianzana, *Le acque nel D. ital.*, vol. I, n. 212 e segg.

([4]) Traina, op. cit. esame dell'art. 545, p. 140 e segg. p. 141 fine: « Questo supposto e vieto caso dell'emulazione contrario ad ogni equità « naturale, ad ogni legge di civiltà e di economia è ciò appunto che risolve « l'art. 545 ».

([5]) Op. cit. n. 216 e segg.

gendum), insegnarono che questa disposizione contenesse un vero e proprio divieto degli atti emulativi. Questa teoria, per altro, era stata già criticata molto acutamente dallo Scialoja ([1]) che fin dal 1879 faceva notare al Gianzana che nell'art. 545 « non « si vuol reprimere l'animo emulativo, il dolo del proprietario « delle acque, ma l'inutile dispersione oggettiva; onde basterà ai « proprietarii di altri fondi dimostrare tale dispersione avve- « nuta anche per negligenza o per iscopi mal calcolati a fine « di poter far valere le ragioni loro attribuite da quest'articolo ».

Del resto neppur tra i suoi antichi fautori sembra che quella abbia conservato il suo credito. Il Gianzana stesso mostra di averla abbandonata nel suo ultimo lavoro ([2]), ove se non esplicitamente, almeno in modo abbastanza chiaro, segue l'opposta opinione. Da ultimo all'argomento proposto dallo Scialoja, che cioè l'articolo 545, può ricevere la sua applicazione oltrechè nel caso di vera e propria dispersione *ad aemulationem*, anche nei casi di dispersione per negligenza o per errore, devesi aggiungere anche l'altro, non meno valido, che cioè per la lettera di detto articolo, esso non può venire applicato quando trattisi di favorire usi semplicemente voluttuarii.

Anche i precedenti nella legislazione e nella dottrina lo dimostrano. « Nulla si tolga al diritto del proprietario o pos- « sessore dell'acqua, e che unicamente si impedisca un abuso o « piuttosto un dissipamento che sarebbe sommamente contrario « alla pubblica utilità e all'interesse dell'agricoltura », diceva il legislatore sardo riguardo all'art. 560 del Codice albertino, contenente la stessa norma ([3]). Quanto alla dottrina non accade ripetere qui le autorità del Giovannetti e del Romagnosi già esaminate di sopra.

Veniamo ora all'analisi dell'art. 545.

Obbietto della disposizione è l'acqua che sopravanza agli usi che di essa faccia il proprietario od il possessore; siccome il Codice non fa in ciò alcuna distinzione fra acqua ed acqua, è da ritenersi che a qualsiasi specie essa appartenga, sia cioè

([1]) Loc. cit. p. 237, col. 1 e 2.
([2]) Gianzana, *Teorica* ecc. n. 490.
([3]) *Motivi dei Cod. per gli Stati sardi*, I, 519.

che appartenga al Demanio, sia privata [1], sarà sempre passibile di tale limitazione. La formula del Codice ammette questa limitazione oltrechè contro il proprietario, anche contro il possessore. Per il lato significato che il Codice attribuisce alla parola « possessore », includendovi anche il semplice possesso naturale o detenzione, dovremo dire che la limitazione si potrà far valere anche contro colui che gode dell'acqua *jure servitutis*, contro l'enfiteuta, l'affittuario, il creditore anticretico, il colono, il concessionario, il comodatario, il precarista [2]. Naturalmente caso tipico sarà quello del proprietario della sorgente.

Che la concessione della legge nell'articolo in esame sia così larga rispetto alla persona contro cui essa può essere ottenuta, è facile convincersi prendendo anche solo in esame il fine propostosi dal legislatore.

Scopo della legge, come abbiamo in parte già esaminato, è il procurare *ne aquae otiosae sint*. Non si sarebbe raggiunto un tale scopo, che in guisa pressochè irrisoria, se si fosse ordinato soltanto a colui che ne è il proprietario di venderle a chi se ne potrebbe giovare per i suoi fondi, dopochè egli se ne è servito. Ed invero il numero di coloro che si servono delle acque è infinitamente maggiore di quello dei proprietarii delle sorgenti, per cui, se così non fosse disposto, potrebbe con gran facilità andare a male la massima parte di così utile elemento. Ed allora dove sarebbe la previdenza del nostro legislatore?

La stessa ragione, che trovasi anche qui in perfetto accordo col testo delle legge, fa concordemente ritenere che per ottenere tali acque superflue non è necessario che vengano richieste dal proprietario dei fondi nei quali esse vogliano condursi. Potrà egualmente chiederle l'usufruttuario, il creditore anticretico, il sequestratario, l'affittuario, il colono, qualunque persona, insomma, cui direttamente interessi la migliore coltura dei fondi sui quali si vuol derivare l'acqua [3].

(1) Pacifici M. op. cit. n. 225. — Traina, op. cit. P. III, § 4, p. 140.

(2) Dionisotti, op. cit. n. 182 pr. — Gianzana, *Teorica*, n. 504. — Pacifici M. op. cit. n. 222.

(3) Pacifici, op. cit. nn. 217, 218. — Gianzana, *Teorica*, n. 496. — Dionisotti, op. cit. n. 182.

Rispetto al fine pel quale l'acqua può essere richiesta il Codice dice, che deve trattarsi di un *profitto* per il fondo su cui deve esser derivata: « Ma dopo essersene servito non può divertirla in modo che si disperda in danno *di altri fondi a cui* « *potesse profittare* ».

In un significato molto esteso le parole *profitto* e *profittare* potrebbero ricondursi a qualsiasi aumento di utilità o di vantaggi e nel caso si dovrebbero comprendere anche in esse gli usi voluttuarii delle acque, giacchè anche questi procacciano un aumento di comodità e di valore nei fondi in cui si ritrovano. Ma non si deve dimenticare che la materia di cui trattiamo, cioè delle limitazioni alle facoltà del proprietario è essenzialmente odiosa e che perciò non ci è data facoltà da una prudente ermeneutica di estendere in alcuna guisa le parole della legge; per contrario è cosa ragionevole ridurne al minimo la portata.

Chè anzi, senza neppure giungere ad interpretazioni troppo ristrette, e prendendo il significato ordinario delle parole, egli è certo che non potrà mai dirsi che un uso voluttuario possa profittare ad un fondo: gli usi voluttuari, come bene osserva il Pacifici, profittano alle persone e non ai fondi (1).

Non è neppure da dimenticare la natura pubblica del fine per cui è indotta questa limitazione, cioè l'economia generale dello Stato; fine dal quale esorbita interamente l'uso voluttuario delle acque.

La restrizione che la legge sancisce nell'articolo in esame essendo accordata in favore dell'agricoltura e delle industrie (2) (come si può dedurre anche argomentando dalle disposizioni sull'acquedotto forzoso, che si trovano con questa in rapporto necessario, e dalle altre disposizioni che la precedono) non potrà mai verificarsi se non a vantaggio di quegli usi che nel nostro diritto sono oggetto di privilegiate disposizioni.

Nè occorre distinguere i modi con cui l'acqua deve profittare: qualunque sia il vantaggio, che essa possa arrecare al fondo, irrigazione, forza motrice, abbeveraggio, lavatura delle erbe, usi

(1) Pacifici M. op. cit. n. 229.

(2) Gianzana, *Teorica*, n. 508. *Acque*, vol. I, n. 177. — Pacifici, op. cit. n. 231.

industriali come l'imbianchimento delle tele, marcitura delle canape, ecc., saranno tutti motivi egualmente sufficienti ad indurre questa limitazione ([1]).

Perchè questa però possa aver luogo si richiede tuttavia che da essa non possa provenire alcun danno agli utenti superiori dell'acqua. Abbiamo veduto infatti che fondamento della disposizione è il principio che « quod tibi non nocet et alteri prodest facile est concedendum ».

D'altra parte dove sarebbe l'economia del legislatore, quando una tale disposizione invece di servire ad estendere e migliorare l'agricoltura o le industrie esistenti potesse rivolgersi a loro danno? ([2]) Aggiungasi che l'articolo stesso parla di acqua superflua; ma si potrà chiamare superflua, almeno di fronte a colui al quale è richiesta, quell'acqua che non si potrebbe concedere convenientemente senza cagionare nei terreni superiori dei dannosi impaludamenti, o non piuttosto dovrà chiamarsi nociva o pericolosa?

Il Codice parla di « altri fondi », indicando con ciò che il diritto riconosciuto nell'art. 545 può essere anche a vantaggio di più fondi e non d'uno soltanto, ma non ne consegue che non possa verificarsi per uno solo ([3]): ciò che del resto è già nello spirito della disposizione e può argomentarsi per analogia dall'art. 568 riguardante l'acquedotto forzoso, onere per la proprietà ben più gravoso di questo. Si può anche osservare che per la odiosità della materia, se si fosse usato il singolare in luogo del plurale, non sarebbe stato possibile interpretare la legge estensivamente e riconoscere possibile la limitazione a vantaggio di più fondi, mentre in tal modo si è designato il limite massimo al quale essa può giungere, motivo per cui non v'è ragione che, quand'anche non vi si giunga, essa non sia applicabile. A qual fine poi negare questo vantaggio ad un sol fondo, che potrebbe anche essere grandissimo, e concederlo a due? o perchè trattare egualmente due, venti, trenta fondi ed escluderne uno solo?

([1]) Gianzana, *Teorica*, n. 503. — Pacifici, op. cit. n. 231.
([2]) Traina, op. cit. p. 146. — Gianzana, *Teorica*, n. 499.
([3]) Gianzana, *Teorica*, n. 497. — Pacifici, op. cit. n. 227. — Dionisotti, n. 182.

Non potrà certamente richiedersi la contiguità tra i due fondi, fra quello cioè in cui l'acqua viene dispersa e quello pel quale essa è richiesta, giacchè, anche se fossero separati, sarebbe sempre possibile che l'acqua venisse utilizzata in quest'ultimo, una volta che esiste nel nostro Codice l'acquedotto forzoso riconosciuto in termini così lati da comprendere pure tutti coloro che hanno anche solo temporaneamente diritto alle acque (art. 598 Cod. civ.).

Può però farsi un'altra questione: Gli altri fondi di cui qui si parla sono quelli soltanto che prima della diversione erano attraversati o costeggiati dall'acqua superflua, o possono comprendervisi anche altri? Non cade dubbio a riguardo dei primi.

Rispetto ai secondi il Ricci [1] fa l'ipotesi che quest'acqua si scarichi in un fiume e dice che allora solo il proprietario o possessore dei fondi vicini può ottenerla, ed esigere l'acquedotto forzoso per condurla. Prescindendo dall'acquedotto, la proposizione del Ricci non mi sembra esatta: la legge vieta che si crei uno stato di fatto per cui venga resa impossibile una utilizzazione qualsiasi che *potesse farsi* delle acque superflue: che cosa importa allora che i fondi a favore dei quali si dovrebbe chieder l'acqua siano stati attraversati o meno da questa? Quello che la legge richiede solamente è che tali fondi « potessero profittare dell'acqua senza cagionare rigurgiti od altro dànno agli « utenti superiori », giacchè ciò soltanto costituirebbe un indebito aggravio dell'altrui diritto.

E ciò tanto più che, dopo, si parla genericamente di *chi vorrà profittarne*, locuzione che mal si comprenderebbe se dovesse riferirsi solo a coloro i cui fondi erano già attraversati dalle acque.

Preferiamo quindi ritenere col Gianzana [2] e col Dionisotti [3] che tale diritto di chiedere le acque superfle competa a chiunque trovisi in condizione di giovarsene.

[1] Op. cit. loc. cit. n. 306.
[2] Gianzana, *Teorica*, n. 496.
[3] Op. cit. n. 182.

Il Lomonaco ([1]), a sostegno della opinione contraria trae argomento dall'acquedotto forzoso, dicendo impossibile addossare a colui che è obbligato a concedere l'acqua, anche l'onere dell'acquedotto forzoso, giacchè, trattandosi di materia odiosa, dobbiamo attenerci ad una interpretazione restrittiva.

Ora a noi non sembra che, almeno per quel che riguarda il diritto in parola, possa dirsi che siamo in materia odiosa, per la ragion pubblica sulla quale esso è fondato; il che ammesso. cade di per sè tutto il ragionamento dell'illustre Professore. Ma anche dato che ciò non sia, bisogna badare che le due facoltà dei possessori inferiori non sono conseguenza l'una dell'altra, ma sancite separatamente in disposizioni distinte: come allora possiamo misconoscere un diritto attribuito alla legge sol perchè la legge stessa ne riconosce anche un altro a colui che ne è investito?

Rimane ad esaminare l'ultima condizione: quella cioè del pagamento del prezzo voluto dalla legge in alcuni casi. Prima però sarà utile esaminare la natura giuridica della limitazione imposta, ciò che potrà anche darci i criterii per la valutazione del prezzo.

La legge riconosce nell'articolo che esaminiamo la illiceità di quelle diversioni di acque dalle quali fosse a temere la dispersione di queste a danno di altri fondi, e le vieta nell'interesse generale dell'agricoltura e dell'industria.

È da ritenere perciò che il divieto sia diretto contro la persona del proprietario o del possessore, e che riguardi un solo atto specifico, la diversione fatta a fine di disperdere.

Sull'appoggio di questi due punti possiamo farci ad esaminare la natura di questo vincolo alla libera disponibilità delle acque. È esso una servitù prediale? Se così fosse, dovremmo classificarlo tra le così dette servitù negative: ma dov'è la « perpetua causa » fondamento delle servitù prediali?

È infatti facile accertare la possibilità della revoca della concessione dell'acqua superflua. Sarebbe contrario a tutti i prin-

([1]) Op. cit. v. III, p. IV « Servitù che derivano dalla situazione dei luoghi », p. 279.

cipii che regolano la materia delle limitazioni della proprietà ed il fine poc'anzi esaminato, che la legge ha voluto qui conseguire, non meno che alla lettera dell'art. 545 medesimo, il solo supporre che la concessione di cui si parla potesse essere, di natura sua perpetua, ed irrevocabile. Abbiamo veduto infatti che il principio della legge è *ne aquae otiosae sint*. Esorbiterebbe pertanto da questo principio la conseguenza che la concessione dovesse esser perpetua, giacchè con una concesione temporanea, da durare cioè fino a che il proprietario o possessore non abbia egli trovato modo di impiegarle, si può egualmente raggiungere il fine proposto.

Esorbiterebbe inoltre dalle norme sul diritto di proprietà, perchè toglierebbe al proprietario la facoltà di usare a piacimento della cosa sua, col togliergliene in perpetuo la disponibilità; mentre egli avrebbe potuto, anche solo in futuro, profittarne in mille guise.

Chè se togliamo ad esame le parole dell'articolo, vediamo che ivi, dopo riconosciuta al proprietario o al possessore la più completa disponibilità delle loro acque, si pone ad essi il divieto di disperderle a danno di altri fondi cui potessero riuscire utili senza danneggiare gli altri utenti ed obbligando chi volesse profittarne al pagamento di un compenso in alcuni casi: ma non si fa per nulla parola di cessione perpetua.

Del resto, l'atto che qui viene proibito, il disperdimento, non ha in sè una ragione di perennità per cui il suo divieto possa dirsi perpetuo, nel senso che l'acqua resti vincolata a vantaggio di colui che l'ha richiesta. Se oggi il disperdimento esiste, domani potrà non esistere più per opera del proprietario stesso: in altre parole il divieto in tanto opera, in quanto esiste il disperdimento e nulla più: una volta cessata la causa del divieto, cioè il disperdimento, cessa anch'esso [1].

Sarà perciò in facoltà del proprietario il revocare la concessione dell'acqua ogni volta che egli voglia usarla ad una

[1] Chironi, *Istit.* I, § 158, n. 2. — Pacifici, op. cit. § 220 e segg. — Il Gianzana, *Teorica*, n. 511, concorda su ciò ma ammette l'intervento del potere conciliativo dell'autorità giudiziaria (art. 544) quando il danno che da tale revoca provenisse fosse molto grave.

destinazione lecita qualsiasi, sia agricola, sia industriale o sia anche solo voluttuaria.

Parimenti sarà in suo potere alienarla ad un terzo, gravarla di servitù, concederla in godimento ed anche donarla, giacchè sono questi altrettanti scopi leciti ai quali il proprietario può destinare la cosa sua, e che l'art. 545 comprende nelle parole « può servirsene a suo piacimento od anche disporne « a favore di altri ».

Che la concessione in questione sia solo temporanea si ricava egualmente delle parole con cui indica le persone che chiedono l'acqua ed il pagamento da eseguirsi. Designa infatti i primi dicendo « chi vorrà profittarne » locuzione che non può stare certamente ad indicar l'acquirente di una concessione perpetua, mentre è pure molto adatto ad indicare colui che utilizza precariamente l'acqua finchè non venga usata. Chiama inoltre il pagamento col nome generico di « compenso », molto più lato e comprensivo di « prezzo », quale dovrebbe usarsi se si trattasse di una concessione perpetua.

Riconosciuta l'assoluta precarietà della concessione, esula indubbiamente da essa il carattere di servitù reale; tanto più che, come dinanzi accennammo, la limitazione si esplica sotto la forma di semplice proibizione fatta all'attuale utente dell'acqua. Da ultimo come concepire un onere reale, quando, come abbiamo veduto, questa concessione può esigersi anche da chi non ha che un possesso naturale come il precarista ed il detentore, a favore di detentori e precaristi (1).

Crediamo pertanto che debbasi porre questa limitazione, come alcune altre contenute nel nostro codice, in una classe a sè; si chiami poi questa col nome di « rapporti di vicinanza » o di « regolamento della proprietà », come la dice il Chironi (2) o in altro modo, poco importa.

Ciò posto, come dovrà esser regolato l'ammontare del corrispettivo da pagare per questa concessione delle acque superflue?

(1) Il Gianzana, *Teorica* 511, la chiama servitù legale; ma, da quello che segue si scorge che non attribuisce a queste parole il significato di onere reale.

(2) Op. cit. § 152 e 158.

Gli autori in generale non ne hanno parlato [1]. È certo che esso non potrà essere il prezzo dell'acqua, perchè non trattasi di concessione perpetua, ma potrà assumere la parvenza di una specie di corrisposta d'affitto, giacchè è certo, come dice il Traina [2], che essa dovrà essere proporzionale alla quantità dell'acqua ed ai vantaggi che arreca, nè più nè meno di quello che accadrebbe in una libera contrattazione. Esso potrà consistere in una somma data una volta tanto od in una corrisposta periodica da sborsarsi durante tutto il tempo del godimento dell'acqua. Quando questo venga a cessare dovrà terminare la corrisposta periodica, ma, al contrario di quello che opina il Pacifici [3], ci sembra che in tesi generale non dovrà farsi luogo alla restituzione del compenso dato con una somma pagata una volta tanto, ritenendo soltanto i frutti, perchè sembra più naturale supporre che essa sia stata data a stralcio dei reciproci rapporti di dare ed avere e tenuto conto anche della precarietà della concessione, e perchè il più delle volte i frutti della somma così data sarebbero un compenso troppo irrisorio per il vincolo a cui è stata sottoposta la proprietà.

Non sempre però deve pagarsi un tal corrispettivo: ad ogni modo uno dei casi in cui si fa luogo ad esso è appunto quando si tratti di sorgenti appartenenti al proprietario del fondo superiore.

§ 10. Acquisto di diritti sulla sorgente per titolo.

L'art. 540 parla di acquisto per titolo di un qualsiasi diritto sulla sorgente. Non è qui il luogo di fare la teorica del titolo: per lo scopo del nostro lavoro è sufficiente notare che si comprende nell'articolo qualunque specie di titolo sia oneroso, sia gratuito, tra vivi o a causa di morte, e che valgono per esso le regole generali [4].

(1) Pacifici, loc. cit. — Giovannetti, op. cit. § 18 — Dionisotti, op. cit. n. 184.

(2) Op. cit. p. 147.

(3) Op. cit. n. 221.

(4) Pacifici Mazzoni, op. cit. § 70. Ivi si fa il caso di un proprietario che vende un suo molino mosso da acqua che gli appartiene: egli non potrà

È naturale che il diritto che si acquista, possa essere tanto di semplice servitù, quanto di proprietà. La distinzione dipende tutta dalle disposizioni contrattuali e dalle circostanze del caso singolo. In generale nondimeno, quando vi sia dubbio, si dovrà supporre che siasi concessa soltanto una servitù [1].

§ 11. Acquisto di un diritto sulla sorgente per prescrizione.

Rispetto a questo importantissimo modo d'acquisto di diritti sulla sorgente altrui, fa d'uopo rilevare subito che, acciò esso abbia luogo, non occorre che i due fondi, fra i quali la prescrizione si verifica, siano limitrofi [2]. Ed in vero, quantunque le parole dell'art. 541 « dal proprietario del fondo inferiore » sembrerebbero lasciar qualche dubbio al riguardo, tuttavia nel nostro diritto la cosa è accertata, in special modo pel fatto che nulla si oppone a che una persona, dopo prescritta l'acqua a favore di un suo fondo non limitrofo a quello in cui questa scaturisce, esiga dai proprietarii intermedii l'acquedotto forzoso. E ciò quand'anche non siasi verificato che si sia prescritta contemporaneamente anche la servitù d'acquedotto.

Requisito principalissimo per la prescrizione sono le *opere*. Si può chiedere per altro se esso sia addirittura essenziale; se cioè sotto l'impero del C. C. sia ancora possibile la così detta prescrizione *in facultativis*, ammessa talvolta nel diritto comune, per la quale, senza le opere prescritte dall'art. 541, bastava una contradizione giudiziale fatta dal proprietario inferiore al

---

deviarla. Crede l'autore che tale limitazione dipenda dal titolo. Però potrebbe egualmente dirsi che dipenda da destinazione del padre di famiglia. L'esempio, per lo meno, è ambiguo.

[1] Daviel, *Des cours d'eau*, III, n. 765 e segg. — Demolombe, *Des servitudes*, I, n. 84. — Pardessus, *Des servitudes*, n. 235. — Picard, op. cit. p. 132, n. 4.

[2] Romagnosi, *Condotta*, § 183. — Demolombe, n. 81. — Gianzana, *Teorica*, n. 721. — Picard, op. cit. p. 131, n. 8. — Dionisotti, n. 168. — Traina, op. cit. p. 94; Cass. Napoli 14 giugno 1868 (*Annali*, XI, 1301).

superiore (per fare il caso più caratteristico) allo scopo di contestargli il diritto di derivare l'acqua, o viceversa.

La dottrina è quasi concorde su tale questione, escludendo generalmente questo modo di prescrizione [1].

Le ragioni che escludono in una maniera assolutamente ineluttabile la possibilità di un tal genere di prescrizione sono due:

1.° La espressione del codice tassativa ed assoluta: « La « prescrizione in questo caso *non si compie* che col possesso di « trenta anni da computarsi dal giorno in cui il proprietario del « fondo inferiore ha fatto e terminato nel fondo superiore *opere* « visibili ecc. »; per cui non può farsi luogo ad alcun dubbio;

2.° La natura delle cose, perchè mancando le opere la servitù può classificarsi come non apparente, nel qual caso la servitù non si può acquistare che mediante titolo.

Dopo ciò esaminiamo i requisiti che il Codice vuole si riscontrino nelle opere in parola, perchè possano indurre la prescrizione:

In primo luogo esse devono essere visibili, cioè come dice il Laurent [2]: « Assez significatifs pour donner l'éveil au proprié« taire de la source, en lui annoncant une volonté bien déter« minée de limiter son droit », giacchè questo appunto è stato lo scopo della legge nell'esigere siffatto requisito.

Caso tipico sarà la presa d'acqua ed il susseguente acquedotto fatto all'aperto. Ma quando cominceranno le opere a non essere visibili nel senso della legge? Potranno i soli sfiati od i chiusini essere sufficienti per poter qualificare di palese un acquedotto sotterraneo? Il Gianzana, seguendo il Daviel [3] li crede sufficienti, e così pure opinano il Pacifici [4] e il Pardessus [5].

[1] Favorevoli all'ammissione di questo modo di prescrizione sono: il Dionisotti, op. cit. n. 172 che però richiede anche delle opere visibili nel fondo inferiore; Aubry et Rau, op. cit. § 236; Proudhon, op. cit. § 1371; Solon, Prescription, n. 30; Contrarii: Gianzana, op. cit. n. 728; Pacifici, op. cit. n. 86; Gianzana, *Le acque*, I, n. 317; Pardessus, n. 94 fine; Demolombe, op. cit. n. 82; Daviel, op. cit. III, 777; Picard, op. cit. p. 130.

[2] Op. cit. vol. VII 199.

[3] Op. cit. n. 721: Daviel, op. cit. §§ 773, 827.

[4] Op. cit. n. 78.

[5] *Servitudes*. n. 100.

A noi sembra che in questo caso la questione divenga di apprezzamento di fatto e di limiti, giacchè i casi singoli possono essere molto diversi fra di loro per circostanze di natura locale, per cui la decisione di ciascun caso deve rimettersi al prudente arbitrio del giudice.

Il secondo requisito delle opere è la *permanenza*. Essa non si ritrova nell'antico art. 642 del Codice francese seguito in ciò da quello sardo (556), napolitano (564) ed estense (523). La legge francese sul regime delle acque del 1898 nel nuovo art. 642 del Codice francese ha accettato testualmente questo requisito. Esso, per altro, si era già imposto anche in Francia per opera della dottrina e della giurisprudenza (¹), non ostante le opposizioni di Daviel e di Proudhon (²).

Il legislatore, invero, ha determinato i requisiti delle opere, che ora abbiamo esaminato, a tutela del proprietario, affinchè non possa esser menomato il suo diritto da atti equivoci di disposizione da parte dei vicini. Ma anche qui sorge il dubbio: quali sono le opere permanenti? Il Pacifici con una formula felice dice che devono essere « incorporate al suolo e fatte a perpetuo « uso » o per ripetere le parole di Guy-Coquille « une structure « incorporée ». Esclude perciò sempre i lavori di semplice spurgo di canali naturali (³). Ma d'altra parte non è detto che le opere, per esser permanenti, debbano esser solo in muratura od in pietrame. Una soda palafitta potrebbe dirsi egualmente « perma- « nente ». Si hanno perciò anche qui dei punti incerti, delle zone indeterminate, in cui si fa luogo al sovrano apprezzamento del giudice.

È peraltro naturale che dovrà sempre preferirsi una interpretazione restrittiva delle opere, sia lecita la frase, giacchè trattandosi di materia odiosa quale è a limitazione della proprietà, e dubitandosi del valore delle opere, dovrà sempre propendersi per la libertà del fondo.

(¹) Demolombe, op. cit. I, n. 74; Pardessus, op. cit. n. 100; Picard, op. cit. p. 118.

(²) Daviel op. cit. III, 744; Proudhon, op. cit. n. 1376.

(³) Op. cit. n. 79. — Demolombe, op. cit. n. 74. Contra: Proudhon, op. cit. n. 1376.

Le opere devono esser fatte *nel fondo superiore.* Il Codice napoleonico, quello di Napoli e di Parma non ponevano esplicitamente questa condizione; anzi nei lavori preparatorii del codice francese [1] prevalse l'opinione che le opere potessero esser fatte anche solo nel fondo inferiore. Ciò fu sostenuto da alcuni autori, come Delvincourt [2], Pardessus [3], Favard de Langlade, Laurent [4] e Aubry et Rau [5]. Però la Cassazione francese si schierò sempre contro questa interpretazione [6] con la massima parte della dottrina [7].

A troncare le dispute, la recente legge francese sul regime delle acque, della quale ci siamo già occupati, nel nuovo art. 642, cpv., del Cod. Civ. ha finalmente accettato quello che era il sistema del Codice Civile italiano, ingiungendo espressamente che le opere necessarie a prescrivere devono trovarsi nel fondo superiore.

Sembrerà superfluo discutere, come fa il Pacifici, se nel fondo superiore le opere debbano trovarvisi per intero ovvero basti che vi siano in parte. Il Codice non prescrive di quale entità esse debbono essere: perciò qualunque opera o tratto di opera si trovi sul fondo superiore, purchè risponda allo scopo che il Codice esige, cioè di facilitare il declivio e il corso delle acque nel fondo inferiore, sarà sufficiente alla prescrizione, senza bisogno di considerare poi se essa sia porzione di altra maggiore che è situata in gran parte al di fuori del fondo in cui l'acqua si manifesta.

(1) V. in Picard, op. cit. p. 122 e segg. È strano vedere il diverso significato che il Picard da una parte, il Romagnosi dall'altra (*Condotta*, § 184) attribuiscono alle parole che si leggono in un rapporto dell'Albisson al Tribunato e che entrambi riportano.

(2) Op. cit. III, p. 14.

(3) Op. cit. n. 101 e nota.

(4) Op. cit. VII, 203.

(5) Op. cit. I, § 236.

(6) V. in Picard, op. cit. p. 129, nota 1.

(7) Toullier, III, 635, nota. — Duranton, V, 181. — Proudhon, op. cit. n. 114. — Dubreuil, *Législation des eaux.* I, n. 91. — Troplong, op. cit. n. 114. — Picard, op. cit. loc. cit.

Qui sorge un'altra questione: è necessario che il proprietario inferiore provi di aver egli costruite le opere in questione? Il Demolombe ed il Gianzana (1) giustamente negano la necessità di una prova positiva a tale scopo, finchè le opere sono indubbiamente quelle richieste dall'art. 541, cioè dirette a facilitare il corso delle acque sul fondo inferiore a vantaggio del medesimo.

È noto infatti che si dovrà presumere che siano state fatte da colui che se ne avvantaggia, *is fecit cui prodest.*

Ma se si provi che le opere non furono fatte dall'inferiore, questi non avrà certamente prescritto, stante la disposizione esplicita dell'articolo in esame, e per la ragione che egli non avrà mai cominciato ad esercitare un possesso *animo domini* sulla sorgente che si vorrebbe gravata di servitù.

Nel dubbio poi sul fine delle opere, ad esempio perchè in apparenza hanno giovato al fondo superiore, liberandolo da impaludamenti, ed all'inferiore, procurandogli per mezzo dell'acqua una serie di vantaggi che prima non aveva, come irrigazione, forze motrici e simili, si dovrà sempre presumere che siano state eseguite dal proprietario della sorgente, a meno che non si provi che esse sono state fatte dall'inferiore.

Tuttavia non un'opera qualsiasi fatta intorno alla sorgente dal proprietario del fondo inferiore può bastare a far decorrere contro il superiore la prescrizione, ma quella soltanto per la quale viene a conseguirsi il possesso delle acque della sorgente, cioè quelle opere soltanto che sono destinate a facilitare il declivio ed il corso delle acque nel fondo inferiore: qualunque altra opera che non rispondesse a tale fine sarebbe inutile allo scopo della prescrizione e, nel dubbio, si dovrebbe sempre presumere la libertà della sorgente. Questo requisito è quindi ordinato a rimuovere le incertezze che potrebbero rendere equivoco il possesso destinato ad indurre la prescrizione.

Se le opere oltre questo fine ne abbiano avuto anche un altro, p. es. quello di infrenare le acque nel fondo superiore, il Pacifici (2) pensa che sarà decorsa o no la prescrizione, secondo

(1) Demolombe, op. cit. nn. 77-78. — Gianzana, *Teorica,* nn. 723, 724 e 725.

(2) Op. cit. n. 84.

che si provi che le opere sono state fatte per l'uno o per l'altro dei due scopi. Ma questa soluzione ha l'inconveniente di poter dar luogo a prescrizioni all'insaputa del proprietario del fondo superiore, mediante un possesso equivoco, dando quasi un valore retroattivo alla prova, *ex post facto*, del fine a cui erano dirette le opere, prova che la legge non richiede, per evitare sempre l'ambiguità del possesso. Crediamo perciò più semplice il dire che se le opere sono non equivocamente dirette ad un dato fine, quello cioè della deviazione dell'acqua, la prescrizione si è verificata; se invece sono in sè ambigue, la prescrizione non ha mai luogo.

Aggiunge l'articolo citato che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui le opere *sono terminate ed hanno servito all'uopo*. L'aver servito non si ritrovava nelle leggi civili napoletane e nel Codice francese (1). Il Codice sardo (art. 556) e l'estense (art. 523) lo introdussero a togliere qualunque dubbio sul tempo dal quale incomincia a decorrere la prescrizione, ed allontanare così il pericolo d'ignoranza nel proprietario e di dubbiezza sulla natura delle opere (2). La legge francese dell'8 aprile 1898, nel nuovo articolo sostituito al 642 del Cod. franc., non ha accettato questo schiarimento. Del resto sarebbe fors'anche sostenibile la sua superfluità, giacchè, se per prescrivere una cosa occorre possederla, è ovvio che, se le opere non avessero mai condotto l'acqua al fondo inferiore, non si potrebbe dire certamente che il proprietario di questa abbia posseduto l'acqua. È quindi conseguenza logicamente necessaria che la prescrizione decorra solo dal giorno in cui esse hanno cominciato realmente a servire (3).

Sul requisito che le opere debbano essere terminate, è giusta l'osservazione del Pacifici (4), che è sufficiente che esse siano condotte a tal punto da poter cominciare a servire, giacchè in

(1) Leggi civ. nap. art. 564; Cod. franc. art. 642.

(2) Motivi del Cod. albertino, p. 516, vol. I.

(3) Gianzana. *Teorica*, n. 722. — Dionisotti, n. 171. — Pacifici, op. cit. n. 87. — Ricci, op. cit. vol. III, n. 304.

(4) Op. cit. loc. cit.

tale stato esse possono chiamarsi compiute rapporto al loro fine di condurre l'acqua.

È graziosa la questione che si fa, se cioè la prescrizione di cui parliamo, conduca all'acquisto della proprietà della sorgente, o solo a quella di una servitù. È certo intanto che sì l'uno come l'altro diritto possono acquistarsi su questo come sopra qualsiasi altro oggetto che ne sia capace, mediante la prescrizione. Ora, sembrerebbe che il risolvere se nel caso singolo siasi acquistata la proprietà, ovvero piuttosto una servitù, sia una questione di mero fatto da dirimere caso per caso, tenendo conto delle circostanze speciali a ciascuno di essi, e, nel dubbio, da risolversi sempre a favore del fondo a cui danno essa si sarebbe acquistata, ritenendosi prescritta solo una servitù. Però il Gianzana crede che l'acquisto della proprietà della sorgente per prescrizione non sia possibile che come conseguenza di quello della proprietà del terreno in cui essa si trova ([1]). A tale dottrina sono contrarii il Pacifici ([2]) ed il Picard ([3]) che credono prescrittibile la proprietà della sorgente indipendentemente dal terreno in cui si manifesta. Questa seconda teoria sembra anche a noi più esatta, dal momento che, come già abbiamo veduto, il Codice considera come immobili per sè stanti le sorgenti, e che nel nostro diritto si può bene concepire, pel sistema della proprietà divisa, un proprietario della sorgente che non sia affatto proprietario di qualsiasi porzione, anche minima, del terreno circostante. In pratica però questo caso sarà ben difficile a verificarsi, giacchè, per lo meno, sarà contemporaneamente acquistato il terreno in cui si trovano le opere.

Un'ultima questione. Il Codice nell'art. 541, parla solo di prescrizione trentennale. Sarà mai possibile la decennale, quando ai requisiti ora esaminati (giacchè senza di questi non potrebbe ammettersi un valido possesso) si aggiunga il titolo debitamente trascritto e non nullo per difetto di forma (art. 2137)? L'opinione

([1]) *Teorica*, n. 716.

([2]) Op. cit. n. 90 e *Cass. Franc.* 25 marzo 1867, *Journal du Palais*, 67, 1050, ivi citato.

([3]) Op. cit. p. 132, n. 4.

affermativa è seguita dal Pacifici [1], dal Gianzana [2] e dal Dionisotti [3], i quali appoggiano questa opinione al fatto che non è possibile trasportare nel nostro diritto il ragionamento che si fa a tale proposito sotto il Codice francese, in cui la prescrizione deceunale è data solo per l'acquisto della proprietà degli immobili, e non delle servitù.

A noi sembra molto più sicura l'opposta opinione sostenuta dal Traina [4] e dal chm̃o prof. Filomusi-Guelfi [5] che si attiene alla lettera del Codice. Gravissimi argomenti a favore di tale tesi sono i seguenti: in primo luogo quello desunto dai precedenti storici, giacchè nel diritto comune, e specialmente in Piemonte, si ritrova spessissimo accettata la massima, che tali servitù non si prescrivessero che in trent'anni. In secondo luogo l'essersi ripetuto così esplicitamente anche per le altre servitù che non è ammissibile altra prescrizione che la trentennale (articolo 629 C. C.), indica che non potè certamente essere inavvertenza dal legislatore il non coordinare i due art. 541 e 629 al 2137, come si vorrebbe dal Pacifici, ma volontà, ben determinata, guidata dai precedenti storici del nostro diritto.

Del resto la forma delle disposizioni dei due art. 541 e 629 sarebbe in ogni caso così categorica ed esclusiva da non ammettere una interpretazione tanto estensiva come quella che si vorrebbe dagli oppositori.

§ 12. Destinazione del padre di famiglia.

Vediamo ora brevemente dell'applicabilità di quest' ultima specie di modo d'acquisto delle servitù nella nostra materia. L'art. 540, enumerando i vari modi d'acquisto di servitù sulle sorgenti che si trovano sugli altrui fondi, non dice nulla di que-

[1] Op. cit. n. 88.
[2] *Teorica*, n. 619. Questi nell'altra sua opera *Le acque* etc. I, n. 318, si limitava a riportare il Pacifici senza nulla aggiungere del proprio.
[3] Op. cit. nn. 547-548.
[4] Op. cit. p. 98.
[5] *Lezioni di Diritto civile*, citate, p. 618-619.

sto, pur riconosciuto dall'art. 629 come assolutamente efficace per tutte le servitù continue ed apparenti, quali quelle di cui noi ci occupiamo. Ora, restringendo a queste appunto la ricerca, può dirsi la disposizione dell'art. 540 tale da escludere l'applicazione dell'art. 629 per ciò che riguarda la destinazione del padre di famiglia? Veramente si sarebbe molto imbarazzati se si dovesse dare una ragione giuridica del tutto esauriente per giustificare l' omissione del Codice nell'art. 540, giacchè ad es. non sarebbe sostenibile il dire che la destinazione del padre di famiglia possa ricondursi al titolo, in quanto che per gli art. 1470 e 1555, la cosa venduta, alienata o divisa deve consegnarsi nello stato in cui si trova al momento della vendita.

La vera ragione crediamo che sia da ricercarsi in un semplice difetto di coordinamento nella compilazione del Codice civile. Infatti, è noto che il codice francese nell' art. 690 (seguito in ciò dall'albertino, art. 648-650) riconosce come modi d'acquisto delle servitù continue ed apparenti solo il titolo e la prescrizione, e nel successivo 692 parifica al titolo la destinazione del padre di famiglia; di qui la ragione della niuna necessità per esso di specificare nell'art. 641, corrispondente al nostro 540, la destinazione del padre di famiglia, fra i modi d'acquisto delle servitù sulle sorgenti. Il nostro Codice invece, pone nell'art. 629 la destinazione del padre di famiglia come un modo d'acquisto delle servitù continue ed apparenti insieme al titolo ed alla prescrizione, pur senza parificarlo a quello, ed omette poi di coordinare a tale cambiamento l'art. 540, lasciato come nel codice francese ed albertino. Ond' è che sembrerebbe quasi che la destinazione del padre di famiglia non fosse riconosciuta come modo d'acquisto delle servitù continue ed apparenti sulle sorgenti.

Non crediamo però che siffatto dubbio sia seriamente discutibile, una volta che, oltre al mancare qualsiasi ragione giuridica per una esclusione di questo genere, neppure la lettera del Codice, nell'art. 540, sembra così esclusiva da non permettere, come accade invece pel caso della prescrizione decennale in base all'art. 541, una interpretazione analogica. Perciò, senza arrestarci oltre in questo punto, ammettiamo risolutamente con

tutta la dottrina [1], che sia applicabile anche alle sorgenti l'acquisto di servitù per destinazione del padre di famiglia.

Dagli art. 629 e 630 si rileva che questo mezzo di acquisto delle servitù non può riferirsi che a quelle continue ed apparenti, ad esclusione di tutte le altre [2]. Possiamo quindi ben dire che il requisito delle opere, come lo abbiamo esaminato per la prescrizione, sarà richiesto egualmente e con tutte le stesse qualità per la destinazione del padre di famiglia, giacchè altrimenti cesserebbe la servitù di essere apparente. E ciò a tanto maggior ragione in quanto che questa servitù si può sempre ricondurre al tipo della presa d'acqua, per cui l'art. 619 richiede appunto, affinchè sia continua ed apparente, le opere visibili e permanenti come nell'art. 541. Non è neppure necessario che le opere siano sempre fatte dall'antico proprietario. È poi al tutto indifferente che la destinazione si verifichi in occasione di un atto fra vivi, quale una vendita od una donazione, o a causa di morte, come un testamento, un legato, una divisione ereditaria. Non sembra però inopportuno notare come, trattandosi specialmente di vendite, pel disposto del sumentovato articolo 1470 che si applica anche alle permute ed alle divisioni (art. 1555), può la destinazione del padre di famiglia venire in concorrenza col principio ivi sancito; così che, essendo ad esso parallela, non sarebbe facile definire a quale delle due disposizioni debba attribuirsi la costituzione della servitù.

Perchè infine la destinazione del padre di famiglia si verifichi, è necessario che da essa risulti un vantaggio perpetuo, un aumento di valore del fondo [3]. A proposito di questo requisito che la dottrina concordemente esige, giova riportare le parole dell'Albison relatore del Tribunato: « Dumolin, diceva egli,

[1] Pacifici-Mazzoni, *Istit. di Dr. civ.* 3ª ed. Firenze, Cammelli III, n. 244. — Romagnosi, *Condotta*, § 829, n. I. — Aubry et Rau, op. cit. § 252. — Gianzana, op. cit. p. 727. — Picard, op. cit. p. 115, lett. b. — Demolombe, op. cit. I, n. 83. — Dionisotti, op. cit. n. 572. Il Romagnosi, *Condotta* 827, considera la destinazione del p. di famiglia nelle successioni come conseguenza del principio che *le mort saisit le vif.*

[2] Pacifici, op. cit. p. 451. — Romagnosi, *Condotta*, § 829, I.

[3] Aubry et Rau, op. cit. § 252. — Romagnosi, *Cond.* n. 829. II. — Pacifici, op. cit. III, 244. — Laurent VIII, 175.

« aggiunge una condizione cui il progetto non aveva bisogno di « annunziare, perocchè essa altro non è che una conseguenza ne« nessaria del complesso della sua teoria; voglio dire che la « destinazione deve avere per oggetto un vantaggio perpetuo e « non una comodità o convenienza passeggiera ». Da tali parole argomenta il Romagnosi (1) che la servitù non si verifichi quando si tratta di destinazioni puramente voluttuarie. A dir vero, ciò non sembra esatto, perchè, anche a prescindere che non si possono tenere i lavori preparatorii nello stesso conto della legge, massime trattandosi del Codice Napoleone, è da rammentare che, anche un uso voluttuario può essere il contenuto di un onere reale, di una servitù prediale tra due fondi. Perciò è possibile che decorra per essa la prescrizione o venga costituito apposito titolo, sebbene non si verifichi a rigore quell'*uso e l'utilità del fondo* che è richiesta per tutte le servitù prediali (articolo 531 C. C.). Quindi non crediamo giustificata questa esclusione delle servitù che soddisfano ad un semplice uso voluttario. Il vantaggio perpetuo ed il permanente aumento di valore non si riscontrano invece per nulla nel semplice scolo dell'acqua dal fondo superiore nell'inferiore; quindi è che concordemente si afferma che un tale stato di cose non può mai servire per la costituzione di una servitù per destinazione del padre di famiglia (2).

La formula e lo spirito dell'art. 632 ammette pure che lo stato di fatto da cui deriva la destinazione del padre di famiglia, non sia stato creato dall'ultimo proprietario. Può perciò verificarsi, ad es., nel caso in cui sia stato posto come vera servitù da proprietari anteriori che possedevano divisamente i due fondi, e che, estintasi la servitù col riunirsi dei due dominii in un sol proprietario, non sia da questo variato tale stato di cose; allora, alla nuova separazione dei due fondi, torna a rivivere la servitù, non più in virtù del titolo o della prescrizione, bensì in forza della destinazione del padre di famiglia (3).

(1) Romagnosi, op. cit. n. 830.
(2) Gianzana, *Teorica*, n. 727. — Pacifici, op. cit. n. 244.
(3) Pacifici, op. cit. loc. cit.

Può tuttavia un simile stato di fatto, creato da persona che non abbia la piena proprietà (usufruttuario, enfiteuta od anche semplice detentore, quale ad esempio un affittuario), e lasciato sussistere dal proprietario dopo che egli ha riottenuta la completa disponibilità dei fondi, dare origine a servitù per destinazione del padre di famiglia, ovvero è necessario che sia posto in essere del proprietario medesimo? Per non complicare troppo la discussione, ci limitiamo ad esaminare il caso di un affittuario, giacchè riescendo a dimostrare che lo stato di fatto da lui creato e conservato dal proprietario, è bastante a costituire la servitù in questa forma particolare, non sarà necessario studiare poi separatamente gli altri casi.

L'art. 632 dice che deve risultare che il proprietario pose o lasciò le cose nello stato dal quale risulta la servitù. Probabilmente nel concetto del legislatore la parola « lasciò » non andava riferita ad altro che al fatto dei proprietarii precedenti e non degli affittuarii. Ma è pur vero che, o noi consideriamo l'affittuario come uno il quale, coltivando il fondo, agisca come mandatario del padrone, ovvero lo consideriamo sotto qualsivoglia altro aspetto, è sempre possibile che noi facciamo rientrare il tacito assenso prestato dal proprietario alle opere da quello eseguite sul suo fondo, col lasciarle sussistere, nelle due voci « pose o lasciò » che la legge usa a tale riguardo.

Del resto sarebbe enorme che il consenso da esso prestato, sia pure in appresso, alla utilizzazione dell'acqua nel fondo inferiore col lasciare le cose nello stato in cui furono poste, non dovesse essere sufficiente espressione della sua volontà, allo scopo della costituzione della servitù per destinazione del padre di famiglia, ed invece si richiedesse che, distrutti i lavori già esistenti, egli li ricostruisse, poniamo anche, del tutto eguali. Ciò sarebbe esigere lo sperpero del danaro e sanzionare la più irragionevole prodigalità (1).

(1) Il Pacifici, *Istit.* III, 244, non ammette che l'usufruttuario od il colono possano, come tali, costituire le servitù, ciò che certamente è indiscutibile, ma non esamina se lo stato di fatto creato da essi e riconosciuto ed accettato dal proprietario possa indurre o meno la servitù per destinazione del padre di famiglia.

Ultima questione circa un tal modo di costituzione delle servitù si è l'esaminare all'acquisto di quali diritti esso conduca, e se sia mai possibile ottenere con esso la proprietà della sorgente.

Il Gianzana (1) ed il Laurent (2) sostengono entrambi che non si possa ottenere che una semplice servitù, escludendo in ogni caso l'acquisto della proprietà. Crediamo preferibile l'opinione del Demolombe (3) il quale opina invece che la questione debba risolversi caso per caso in conformità delle risultanze dalle condizioni dei luoghi. Valgono infatti anche qui le stesse considerazioni che si propongono pel caso della prescrizione, ove si applica la regola *tantum praescriptum quantum possessum*. Si potrebbe, ad esempio, dire che il proprietario non abbia voluto destinare esclusivamente la sorgente a vantaggio del fondo, in cui essa non si trova, quando egli abbia eseguito su questa opere di allacciamento, mediante le quali non sia possibile attingervi l'acqua, che è invece condotta interamente per un canale chiuso, al fondo inferiore, in cui viene poi utilizzata? Certo che no. Ed in tal caso qual diritto potrebbe vantare su di essa il proprietario del fondo in cui si trova? Nessun dubbio pertanto che si possa acquistare per destinazione del padre di famiglia anche la intera proprietà della sorgente.

Non serve poi trattenerci a dimostrare che la deroga esplicita che le parti contraenti pongano nel contratto di vendita, di permuta o nella divisione, alle limitazioni che potessero risultare esistenti in virtù della destinazione del padre di famiglia, ha tutto il possibile valore, trattandosi di una deroga ad una presunzione che la legge riconosce solo quando manchi una espressione formale della volontà dei contraenti (4).

Nulla stabilisce il codice rispetto alla prova della costituzione della servitù nel modo fin qui esaminato. In difetto, quindi, di qualsiasi limitazione o determinazione positiva, anzi, adoperandosi la frase latissima *qualunque genere di prova*, non usata nel Codice francese, in cui perciò la questione era rimasta alquanto con-

(1) *Teorica*, n. 727.
(2) Op. cit. VI, 195, 196.
(3) Op. cit. I, n. 84 fine.
(4) Pacifici, op. cit. n. 244 fine.

troversa ([1]), sarà lecito servirsi di qualunque mezzo che essa consenta, compresa perciò anche la prova testimoniale nei limiti di legge ([2]).

§ 13. Necessità di un Comune o frazione.

L'art. 542 del Cod. civ., come i corrispondenti articoli dei codici anteriori ([3]), deriva quasi letteralmente dal testo dell'art. 643 del Cod. Napoleone.

La sola differenza fra quest'ultimo, seguìto in ciò dagli altri, ed il nostro, sta nella clausola riguardante la determinazione dell'indennità, che era affidata ai periti.

Invece la legge francese sul regime delle acque, già più volte ricordata, nel nuovo art. 642 cpv.. 3, cambia la struttura dell'articolo napoleonico: « Il ne peut pas non plus en user de « manière à enlever aux habitants d'une commune, village ou « hameau, l'eau qui leur est nécessaire; mais si les habitants « n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut « réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts ». A dir vero non si riscontra in questa nuova formulazione alcun vantaggio sulla antica, anzi confonde maggiormente la questione che si fa, come vedremo in seguito, per decidere se sia dovuta o no la « servitus itineris ».

L'articolo del nostro codice, che abbiamo preso a considerare, si compone di due parti. Nella prima la legge sancisce il divieto generale fatto al proprietario della sorgente di deviarne l'acqua, quando essa serva ad un comune o frazione. Nella seconda determina i casi in cui, il proprietario stesso ha il diritto di esser compensato, con un indennizzo, della limitazione imposta alla sua proprietà. Questo punto di vista, sotto cui prendiamo a considerare tale articolo, ci sembra più esatto di quello usato da alcuni ([4]), che distinguono in esso due casi: Il primo che

([1]) V. Laurent, op. cit. VIII, 181.

([2]) Toullier, op. cit. vol. 2, n. 611, Aubry et Rau, I, § 252. — Duranton, V, 474. — Pacifici, *Istituzioni*, III, 244.

([3]) Leggi civ. nap. art. 565; Cod. sardo, art. 557; Cod. estense, art. 524.

([4]) Romagnosi, *Condotta*, n. 138, 139. — Ricci, op. cit. n. 305.

il Comune o frazione abbia acquistata la servitù in via di prescrizione, il secondo che esso non possa far valere questo titolo. Ciò ha il difetto di non seguire lo stesso processo logico della mente del legislatore e di scindere anzitempo la questione, invece di procedere dalle norme generali ai casi particolari, sebbene poi conduca a risultati eguali. Ci atteniamo perciò strettamente all'ordine del codice.

La disposizione, come si vede, è fondata sui principii di utilità pubblica, in forza dei quali il privato interesse ed i diritti dei singoli sono spesso obbligati a cedere dinanzi alla necessità sociale. È una delle applicazioni esatte del principio: *salus pubblica suprema lex*. Perchè si faccia luogo alla sua applicazione occorrono i seguenti requisiti: 1.° il fatto che l'acqua della sorgente serva attualmente a soddisfare le necessità degli abitanti; 2.° il pagamento di una indennità, limitato ai casi in cui il comune o la frazione non abbiano ancora acquistato un diritto all'acqua della sorgente o per mezzo di un titolo o con la prescrizione.

Esaminiamoli separatamente:

Rispetto al primo requisito occorre notare anzitutto che la limitazione non si verifica che per le acque che vengano attualmente usate; sarebbe invero molto strano ammettere che una limitazione diretta a proteggere un uso che soddisfa ad una necessità attuale e ad evitare i danni che dovrebbero temersi da un'improvvisa mancanza di acqua in un centro abitato, dovesse estendersi ai bisogni futuri, o a quelle acque che attualmente non vengono usate. Ciò è del resto testuale nella nostra legge, giacchè essa usa la voce « somministri » la quale non può certamente riferirsi che all'uso presente delle acque.

In secondo luogo la legge pone questa gravissima restrizione solo per le acque di sorgente. Ne sono perciò esenti tutte le acque stagnanti e quelle di cisterna [1].

[1] Ricci, op. cit. II, 305. — Lomonaco, op. cit. III, art. 542. — Proudhon, op. cit. n. 1391. — Daviel, op. cit. II, 825. — Demolombe, op. cit. I, 91. — Pacifici, *Servitù legali*, n. 97; Contra: Toullier, op. cit. II, 134. — Pardessus, I, 138. — Duranton, V, 191.

Ragione gravissima a sostegno di questa tesi, oltre la lettera della legge, che, trattandosi di materia odiosa al sommo, non permette interpretazioni analogiche, si è la mancanza di perennità di tutte le altre acque che non siano sorgive, per cui riuscirebbero del tutto inette a soddisfare ai bisogni di una popolazione ([1]). Il Demolombe ed il Laurent ([2]) adducono anche l'impossibilità di gravare di una servitù di passaggio il fondo in cui esiste la cisterna o lo stagno sui quali deve farsi valere la limitazione: preferiamo però di non servirci ora di questo argomento controverso e di riserbarne la dimostrazione a suo tempo.

Il Picard ([3]) ed il Gianzana ([4]), ad insaputa probabilmente l'uno dell'altro, fanno a tale proposito una distinzione. O si tratta di stagni, dice il primo, di pozzi o di cisterne, soggiunge il secondo, alimentati da sorgive, e la limitazione sarà applicabile anche a questi: o sono alimentate da acque piovane e la liminazione non potrà verificarsi.

Ma a quale scopo, si può rispondere, imporre questo vincolo in un punto intermedio, mentre la legge dà facoltà di imporlo fin dal primo momento in cui l'acqua si manifesta? Se si vincolerà il serbatoio, sia esso uno stagno, una cisterna o che altro, non si vincolerà la sorgente: cosicchè, quando essa venga divertita, occorrerà pagare per essa una seconda indennità. O non è più semplice e più consono allo spirito e alla lettera della legge, che l'obbligo si riferisca all'acqua fin dalla scaturigine sino al punto in cui esce dal fondo del proprietario? E ciò a tanto maggior ragione che un serbatoio può sempre considerarsi come parte del corso di un'acqua qualsiasi, e che, gravando questo, non si può ottenere una erogazione d'acqua maggiore di quella che in esso manda la sorgente, senza ridurlo all'asciutto.

D'altra parte la legge non distingue tra una sorgente ed un'altra. Sono quindi passibili di questa limitazione anche le sorgenti artificiali ed i pozzi artesiani, purchè siano attualmente

([1]) Demolombe, I, 91.

([2]) Demolombe op. cit. loc. cit. — Laurent VII, 215.

([3]) Op. cit. p. 139 a) « Eaux pour lesquelles l'art. 643 peut recevoir son application ».

([4]) Op. cit. n. 736, 737.

usati in modo da potersi dire necessarii alla popolazione di un comune o di una frazione (¹).

Abbiamo poi accennato che questa speciale servitù riguarda soltanto le sorgenti che già esistono e che vengono usate per la necessità della vita, e ciò è naturale, giacchè lo scopo, propostosi dalla legge nel sancirla, è la tutela dei bisogni attuali e giornalieri della popolazione. Ma essa non stabilisce da quanto tempo l'acqua delle sorgenti debba essere adibita a servizio del pubblico, nè ciò era necessario, una volta che si voleva tutelare non un uso più o meno *diuturnus*, ma soltanto quello che è l'effetto della necessità (²). Al prudente arbitrio del giudice è commesso di prendere in considerazione anche l'elemento della durata dell'uso per determinare se esso rivesta o meno il carattere di necessità, escludendo quindi quell'uso che, per la sua durata troppo breve, non avesse ancora assunto alcun carattere di permanente necessità.

A questo punto sorge una gravissima questione, che si agita tuttora molto vivacemente nella dottrina. La sorgente, di cui parla l'art. 542, è quella sola che dà origine ad un corso tale che derivi l'acqua fuori del fondo in cui sorge, per modo che soltanto dopo uscita da quello venga usata dal comune o frazione, ovvero si riferisce anche a quelle sorgenti che non hanno corso, quali ad esempio i pozzi, o le cui acque non escano dal fondo in cui si manifestano?

È assolutamente indiscutibile che l'art. 542 sia applicabile alle sorgenti che hanno un corso fuori del fondo di origine. La proibizione che vi si contiene, è diretta esclusivamente ad impedire i cambiamenti di direzione nel corso dell'acqua: « Il proprietario « della sorgente non può *deviarne il corso* ecc. ». Inoltre nello stesso articolo si parla di uso degli abitanti acquistato in forza della prescrizione: ma un diritto di uso acquistato sulla altrui sorgente noi non possiamo concepirlo, per la natura stessa delle cose, se non col mezzo determinato dall'art. 541, che, coincidenza notevole, precede immediatamente quello in esame; col mezzo cioè

(¹) Gianzana, op. cit. n. 734.
(²) Gianzana, op. cit. nn. 750, 751.

di opere visibili e permanenti sul fondo superiore ecc. Con le quali parole si presuppone altresì che trattisi di una sorgente le cui acque defluiscano sui fondi inferiori e che in questi avvenga l'uso da parte della popolazione.

Si adduce spesso anche un altro argomento, che potremmo chiamare *ab absurdo*. Come potrebbe la legge sancire una così espressa deroga a tutti i principii che regolano la proprietà, coll'aggravare il fondo sorgivo della servitù di passaggio a favore di *un' intera popolazione*, il che equivarrebbe a rendere pressochè incoltivabile il fondo medesimo, e ad imporre al proprietario, senza una tassativa disposizione di legge, il divieto di chiudersi? Certamente la gravità della obbiezione, sebbene di per sè non dimostri la verità del contrario, è tale da lasciarla fondatamente supporre.

Il Gianzana, ultimo dei sostenitori della tesi opposta alla nostra, adduce la seguente argomentazione [1]: « .... Si usò qui, « egli dice, *corso* in senso di *deflusso* ad indicare la spinta ver« ticale dell'acqua che dalle viscere della terra sorge alla su« perficie e si volle significare che il proprietario non possa al« trove deviare il deflusso della sua fonte. Si vuole una prova di « ciò? Si confronti l'art. 542 col 543 che lo sussegue: in quest'ul« timo si inibisce anche di *deviare il corso dell'acqua* usandosi « l'espressione *di restituire le acque al corso*, ma si specifica che « si tratta di un'acqua che corre. Non era dunque facile al legi« slatore, se avesse così voluto significare, scrivere: Il proprietario « di un'acqua sorgiva *che corre* non può deviarne il corso? ».

Ma con tutto il rispetto per l' illustre autore, crediamo che in questa esposizione si riscontrino gravi inesattezze.

È certamente contrario al significato delle parole, che *corso* e *deflusso* possano indicare comechessia la spinta verticale con cui l'acqua ascende dalle viscere della terra. E per citare uno fra tanti, il Fanfani attribuisce alla stessa parola *deflusso* usata dal Gianzana, ma non dall'articolo, il significato di « scorrimento « d'umore o simile dall'alto all' ingiù ». È quindi un significato del tutto opposto a quello che l'autore vorrebbe attribuirgli, e che la

[1] *Teorica*, n. 736. Cfr. id. *Le acque* ecc., I, 320.

stessa ragione etimologica sta ad indicare nel modo più evidente (*de fluo*). D'altro canto, l'abbiamo già notato, l'articolo non usa neppure la parola *deflusso*, bensì quella di *corso*, che, riferita alle acque ed in mancanza di altre indicazioni, non può certo significare le filtrazioni sotterranee che dànno origine alle sorgenti.

Il Gianzana vuole argomentare altresì dal modo in cui la parola *corso* è usata nell'art. 543: ma anche tale argomento è fallace. Innanzi tutto sarebbe molto strano voler supporre che il Codice in due articoli successivi l'uno all'altro, avesse usato la stessa parola in due sensi tanto diversi. così da poter cagionare delle confusioni molto giustificate. Aggiungasi che l'osservazione che l'art. 543 accenni all'acqua che *corre*, mentre prima erasi discorso di sorgente, non giova neppure al nostro autore, perchè appunto si tratta di due cose affatto diverse: nell'art. 542 si parla di una sorgente che, *se ha un corso*, questo non può esser deviato se l'acqua è necessaria ad un comune ecc., nel seguente articolo invece si parla soltanto di *un corso d'acqua* prescindendo dalla sorgente. Del resto, convien dire che il Gianzana non s'è avveduto che la parola *corso* è usata nell'art. 541 nel significato appunto che noi gli attribuiamo.

Infatti ivi il Codice, parlando come all'articolo seguente, di un'acqua sorgiva che dà origine ad un corso, non ha creduto affatto di dover usare la circonlocuzione, che il nostro autore avrebbe voluto, di *acqua sorgiva che corre*. L'identità dell'oggetto cui entrambi gli articoli si riferiscono, cioè una sorgente che ha un corso, e l'identità delle parole quivi usate, rendono semplicemente impossibile qualunque discussione che volesse farsi sul loro significato.

Non crediamo quindi che possa accettarsi la dottrina del Gianzana, ammessa da pochi altri scrittori [1], ed aderiamo invece

[1] Traina, op. cit. p. 109 e quelli citati dal Pacifici, op. cit. n. 97, nota 4. — Delvincourt, I, 156, nota I. — Duranton, V, 191. — Taulier. II, 365. —Boileaux, art. 643. — Il Lomonaco, (op. cit. loc. cit. art. 542,) ammette che si parli di sole sorgenti, ma ammette anche il diritto di passaggio sul fondo per poter attingere alla fonte: Il Filomusi (*Diritti reali* 1894-95 p. 642) sostenendo la stessa opinione argomentava dall'art. 639 cpv. che però non sembra applicabile, perchè non siamo in tema della ordinaria servitù di attinger acqua

all'opinione contraria, forse più estesa nella dottrina, escludendo così anche la possibilità di una *servitus itineris* sul fondo sorgivo [1].

Si potrebbe chiedere quale sarebbe il diritto del Comune nel caso in cui la sorgente non avesse corso, e specialmente se si trattasse di un pozzo. A nostro parere non deve esitarsi a rispondere che l'art. 542 non gli conferirebbe alcun diritto: bensì il Comune potrebbe procedere all'espropriazione della sorgente od anche solo all'imposizione sovr'essa di una servitù per causa di pubblica utilità [2]. La differenza che riscontrasi in questi due casi ora esaminati, dipende forse da che il legislatore non ha voluto limitare il diritto del proprietario della sorgente con un mezzo tanto straordinario, sino al punto di concedere al Comune le difese possessorie dal primo momento in cui la necessità si verifica. Invero se si fosse ammessa la possibilità di una sanzione così rigorosa ed una procedura così anormale anche contro il proprietario della sorgente a cui manchi un corso, ne sarebbe avvenuto tale un conflitto tra il diritto del proprietario e quello dei comunisti da rendere impossibile l'esercizio del primo.

Al contrario, quando trattasi di sorgenti il cui corso esce dal fondo di origine, oltre che è più facilmente verificabile in pratica il caso che l'acqua venga usata dai comunisti, la limitazione che viene a subire il proprietario in virtù dell'art. 542, non è poi così grave da impedirgli l'uso della sua proprietà.

Il Codice non determina che la sorgente debba ritrovarsi dentro il territorio del Comune a cui serve. Questa limitazione

[1] Chironi, op. cit. I, § 85. — Demolombe, I, 91. — Pacifici, op. cit. loc. cit. — Proudhon, op. cit. n. 1391. — Daviel, III, 825. — Garnier; III, 746. — Massé et Vergé sur Zachariae, II, 162, nota 10. — Dionisotti, n. 172 citati dal Pacifici; che però pone il Pardessus, op. cit. n. 138 tra i contrarii, mentre parla sempre di un corso d'acqua proveniente da una sorgente, ed esclude l'applicabilità dell'articolo in questione agli stagni, sebbene dica che, *per analogia,* deve riconoscersi acquistata dal Comune, anche senza titolo, la servitù di abbeverare il bestiame in una fontana, in un pozzo od in una cisterna privata, quando questi ne usa da trenta anni e più. — Laurent, VII, 215, 218.

[2] Pacifici, n. 97.

può quindi esercitarsi anche sulle sorgenti che esistono fuori del territorio del Comune o della frazione ([1]): e sarebbe strano che fosse altrimenti, per modo che l'accidentalità di una circoscrizione amministrativa potesse vincolare un diritto così ampio, concesso, con una formula tanto generale, in difesa della pubblica salute.

Il contenuto quindi della limitazione, racchiusa nell'articolo 542, è la non deviabilità del corso di quelle sorgenti, la cui acqua è necessaria ad un Comune o frazione ([2]); cioè in altre parole, l'obbligo di conservare quella naturale disposizione di cose per cui l'acqua, uscendo dal fondo in cui si trova la sorgente, può essere usata dagli abitanti. Sorpasserebbe quindi i diritti che la legge riconosce al Comune la pretesa che esso volesse avanzare di obbligare il proprietario a spostare il corso di quest'acqua, affinchè essa esca dal suo terreno in un punto piuttosto che in un altro ([3]).

Connessa alla questione che abbiamo ora trattata è l'altra, di vedere quale quantità d'acqua il proprietario sia in obbligo di non deviare e quali sieno i suoi diritti che sopravvivono dopo l'imposizione del vincolo legale in esame.

Sul primo punto è fuor di dubbio che l'obbligo del proprietario riguarda soltanto l'acqua necessaria, perchè altrimenti si oltrepasserebbero i limiti della necessità, per la quale soltanto la limitazione è stata posta. L'uso che si è voluto difendere è esclusivamente quello necessario: sarebbe quindi irragionevole estenderlo laddove questo non si riscontri.

Rispetto al secondo punto, gli scrittori hanno formulato in varii modi i diritti che rimangono al proprietario. Il Pardessus ([4]), facendosi difensore di questo, sostiene che egli può usare delle acque della sorgente a suo arbitrio per i bisogni del suo fondo, quand'anche venissero diminuiti i vantaggi che il Comune ne ritrae. Sembra in tal guisa che egli riduca l'obbligo imposto al proprietario della sorgente a quello stesso che hanno i proprietarii dei fondi attraversati da un corso d'acqua, in virtù dell'ar-

([1]) Traina, op. cit. p. 110. — Pacifici, op. cit. p. 97. — Garnier, n. 740 bis.
([2]) Pacifici, op. cit. n. 103. — Dionisotti, op. cit. n. 178.
([3]) Pacifici, op. cit. n. 103.
([4]) Pardessus, § 138, p. 129.

ticolo 543. Ma ciò è contrario ai fini del legislatore. Se il proprietario avesse realmente il solo obbligo di lasciare l'acqua superflua a vantaggio del Comune, come dice il Pardessus, avrebbe anche la facoltà di diminuire l'acqua che esce dal suo fondo sino al punto di rendere questa insufficiente ai bisogni del Comune. Ma allora tanto valeva non porre addirittura questa limitazione alla proprietà della sorgente, giacchè non verrebbe mai conseguito il fine che il legislatore si è proposto, quello, vale a dire, di salvaguardare in modo sicuro e permanente i bisogni di una popolazione.

È quindi preferibile la dottrina del Duranton, del Demolombe e del Picard, i quali sostengono, con poche differenze di forma, che il proprietario può farne tutti quegli usi che voglia, purchè però non diminuisca l'acqua oltre la quantità necessaria al Comune o alla frazione, nè corrompa in alcuna guisa questa medesima acqua necessaria [1]. Non si dovrà nemmeno, d'altro lato, negare al proprietario di usare dell'acqua stessa di cui si serve il Comune, a patto che, dopo di essersene servito senza corromperla, se pure è possibile, la restituisca, all'uscita del suo fondo, al corso ordinario.

Dato ciò, potrà mai esser lecito il taglio delle vene di queste sorgenti, e sarà quest'opera lecita, in special modo al proprietario di queste?

Occorre tener distinti i due casi: se la recisione delle vene è fatta dal proprietario, è certo che essa è illecita, perchè in tal modo egli andrebbe contro i fini per i quali è stata imposta la limitazione e per cui ha lucrato l'indennizzo. Obbietto del rapporto non è stata la sorgente, ma la sua acqua, ed ogni volta che il proprietario in qualunque modo la devia, opera in frode al rapporto interceduto fra lui ed il Comune.

Diversa è la condizione dei proprietarii superiori. Essi sono rimasti estranei al rapporto, nulla hanno lucrato per esso. Non è quindi possibile che una limitazione posta al fondo inferiore

[1] Duranton, op. cit. V, 190. — Demolombe, op. cit. I, n. 100. — Picard, op. cit., p. 146 *h*.

tocchi anche il loro; poichè altrimenti sarebbe in facoltà del Comune di vincolare due o più proprietà, compensando il padrone di una sola di queste [1]. Nondimeno ben potrà il Comune agire contro il proprietario superiore che recida le vene, al modo stesso con cui ha agito contro l'inferiore, in virtù del medesimo articolo 542, verificandosi anche in questo caso gli estremi ivi richiesti.

Vediamo ora quale sia l'uso necessario a cui il Codice subordina la possibilità di siffatta limitazione. È fuori di dubbio che il bere, il lavarsi, lo spurgo delle fogne siano usi fisicamente o igienicamente indispensabili, e quindi tali da giustificare completamente l'imposizione dell'obbligo di non deviare l'acqua. Lo stesso deve dirsi dell'abbeveramento del bestiame [2].

Gli scrittori si propongono a tale proposito la questione se l'acqua necessaria a muovere l'unico molino del paese possa rientrare in quella di cui si parla nell'articolo 542. La dottrina su questo punto è molto varia così da noi come in Francia [3]. Ci sembrerebbe però più naturale non ammettere tali acque come suscettibili di questa limitazione, non essendo la macinazione, sul luogo e per via idraulica, del grano un bisogno così imperioso ed urgente da non potersi interrompere, nè da non potersi soddisfare altrimenti, specialmente al giorno d'oggi.

Ad ogni modo sono sempre da escludere l'irrigazione e qualsivoglia uso industriale [4].

[1] Cfr. Aubry et Rau, op. cit.. § 236, nota 10. — Pacifici, op. cit. n. 104. — Picard, op. cit. I, c. II, § 1, n. 4 e Giurisprudenza della Cassazione francese ivi citata; contra: Proudhon, n. 1547.

[2] Ricci, op. cit. loc. cit. n. 305. — Pacifici, op. cit. nn. 101, 102. — Lomonaco op. cit. loc. cit.

[3] Favorevoli: Toullier, loc. cit. n. 134. — Aubry et Rau, § 236, n. 9. — Dionisotti, n. 175. — Garnier, op. cit. III, 744. — Brettonier sur Henry, lib. 4, quest. 139. — Contrarii: Pacifici, op. cit. n. 102. — Proudhon, op. cit. 1386 e gli altri autori citati dal Pacifici: Traina, p. 111. — Demolombe, op. cit., I, 95. — Picard, op. cit., p. 143. — Gianzana, *Acque*, I. 320.

[4] Chironi, op. cit. I, § 185. — Lomonaco, op. cit. loc. cit. — Dionisotti, n. 176. — Ricci, op. cit. loc. cit. n. 305. — Aubry et Rau, op. cit. loc. cit. n. 11.

Ultima ricerca che ci rimane da fare, per caratterizzare esattamente la necessità, è di vedere se, anche rispetto a quegli usi che abbiamo considerato come necessarii, si richiede che essa sia *assoluta*, ovvero basti che sia *relativa*: se cioè possano farsi valere come criterii di necessità quelli di un grave incomodo. Sarebbe estremamente difficile e pressochè assurdo voler determinare il punto in cui cessa l'incomodo ed incomincia la vera necessità; ma, prescindendo da ciò, chè sarebbe questione di limiti, è fuor dubbio che, secondo una prudente ed equa ermeneutica, sia più consono alla natura eccezionale della norma dell'articolo 542, adottare una interpretazione restrittiva del criterio della necessità, anzichè una interpretazione estensiva (¹).

Si richiede inoltre che il bisogno, e perciò l'uso dell'acqua, riguardi l'intero Comune o l'intera frazione: in altri termini, l'uso deve essere fatto dai comunisti come tali, e *uti universi* non *uti singuli*, poichè l'articolo 542 è diretto alla tutela di un pubblico intero e non di singoli individui (²). Devono perciò essere sempre escluse le case isolate (³).

Si può essere incerti sul significato da attribuire alla parola *frazione* usata dalla legge: se cioè debba intendersi a norma dell'art. 47 della legge comunale, ovvero possa prendersi in senso più esteso, come un aggregato di famiglie tale che possa dirsi che costituisca già un *pubblico*. Stante però la ragione della limitazione, di evitare cioè un danno pubblico, parrebbe ad essa più consentaneo l'accettare una opinione più lata, comprendendo anche quei centri abitati che non sono frazioni a sensi della legge comunale, ma che dal supremo apprezzamento dei giudici si ritengono gia costituire, secondo la frase del Romagnosi, « la persona collettiva di un pubblico » (⁴).

(¹) Contra: Gianzana, *Teorica*, n. 739. — Favorevoli: Aubry et Rau, loc. cit., n. 10. — Pardessus, n. 138. — Toullier, III, 123. — Demolombe, I, 94. — Pacifici, n. 100.

(²) Dionisotti, loc. cit. nn. 175-177. — Gianzana, *Teorica*, nn. 740. — Pacifici, n. 96 pr. — Chironi, loc. cit.

(³) Aubry et Rau, loc. cit. n. 9. — Gianzana, *Acque*, n. 321. — Laurent, VII, 212.

(⁴) Picard, op. cit. loc. cit. p. 142. — Gianzana, *Teorica*, nn. 740;

Dobbiamo ora passare allo studio dell'ultima parte dell'art. 542, riguardante il pagamento dell'indennità. Non occorre, a questo proposito, dilungarci a dimostrare la equità di quest'obbligo che si impone a coloro che, giovandosi dell'acqua, vincolano il proprietario di questa nella libera disponibilità che su essa gli competeva. Passiamo perciò senz'altro a considerare le eccezioni che il Codice riconosce al principio generale dell'obbligo di pagare l'indennità. Queste sono due, espresse nello stesso articolo, e cioè « se gli abitanti ne hanno acquistato l'uso o lo « hanno in forza della prescrizione ». Non sorge alcuna disputa sulla prima, che comprende tutti quei casi in cui, in virtù di un titolo qualsiasi, sia tra vivi, sia a causa di morte, il Comune ha ottenuto appunto la servitù che l'acqua necessaria non venga deviata.

Sulla seconda eccezione invece la disputa si fa vivissima, e la dottrina ha accolto tre opinioni principali. La prima, che è anche la più comune, sostiene che la prescrizione di cui qui si tratta, è quella estintiva del diritto all'indennità e non l'altra acquisitiva di una servitù sulla sorgente [1].

L'argomento su cui si fonda è che la legge attribuisce questo diritto, al Comune o alla frazione, *ipso iure*, vale a dire in guisa tale che, appena si verifica la necessità degli abitanti, essi hanno un *diritto quesito* ad impedire la diversione dell'acqua necessaria.

In questo stato, dicono essi, non v'è nulla da prescrivere all'infuori dell'indennità e quindi la locuzione del Codice non può riferirsi che ad essa. Occorre però notare che tutti questi autori debbono pur riconoscere che ciò è in aperto contrasto con

---

id. *Acque*, n. 321. — Pacifici, n. 96. — Aubry et Rau, § 236, n. 9 e gli autori ivi citati. — App. Milano 30 dec. 1881 (Mon. Trib. Mil. 1882, p. 279) contra: Chironi, loc. cit.

[1] Pardessus, n. 138. — Chironi, I, § 185. — Demolombe, op. cit. I, 98. — Zachariae, I, § 236. — Duranton, V, 189. — Laurent, VII, 222. — Il Pacifici (op. cit. n. 107) si mostra esitante sebbene propenda per questa opinione. Termina col dire che, in quanto agli effetti, è indifferente che si tratti di prescrizione acquisitiva od estintiva.

la dicitura usata dal legislatore e quindi si adoperano di mostrare come le parole usate dal codice siano inesatte e non rendano il pensiero del legislatore.

Una seconda opinione riferisce invece la seconda eccezione alla prescrizione acquisitiva senza le opere (1). Il Dionisotti, a tale proposito ammette che possa verificarsi una prescrizione dell'uso dell'acqua, beninteso senza le opere, dopo che, in virtù della necessità, non è più lecito al proprietario di divertirla.

L' ultima opinione sostiene che la prescrizione di cui si parla non è altro che quella dell'art. 541, e che l'articolo non parla di prescrizione di indennità, sebbene non contesti che essa possa verificarsi nei modi ordinarii (2). Quest' ultima interpretazione che ha il vantaggio di seguire la lettera della legge, crediamo che sia la più vera.

Abbiamo detto che essa ha dalla sua parte la lettera della legge. Infatti le parole: « *o non l'hanno in forza della prescrizione* » fanno seguito alle altre: « *ma se gli abitanti non ne hanno acquistato l'uso* » che, per comune sentenza, come già abbiamo veduto, debbono intendersi degli acquisti fatti in virtù di un titolo, anteriormente al sopravvenire della necessità.

Ora le parole « *o non l'hanno in forza della prescrizione* » si riferiscono grammaticalmente e logicamente all'uso, motivo per cui alludendo esse (attesa anche la costruzione del verbo al presente) ad una prescrizione già compiuta quando si verifica la necessità, indubbiamente non ammettono altro significato che quello da noi inteso.

Ma vediamo gli argomenti addotti dagli avversarii. Dicono essi primieramente che, attribuendo la legge il diritto di uso dell'acqua *ipso iure*, non è possibile altra prescrizione fuorchè quella dell' indennità. Ma noi opponiamo che, se non al presente, possono per il passato essersi verificate delle prescrizioni nell'acqua da parte del Comune, nel quale caso non si potrebbe certamente far luogo al pagamento dell' indennità.

(1) Aubry et Rau, loc. cit. nota 14. — Dionisotti, n. 177.

(2) Proudhon, nn. 1388, 1389. — Picard, p. 145 e segg. — Gianzana, *Teorica*, n. 744.

Oltrechè, ponendo la questione sotto altra forma: quali sarebbero i casi nei quali, verificatasi la necessità da parte del Comune, questo non fosse obbligato al pagamento della indennità? Quando, esso abbia fin da prima quesita una servitù di presa d'acqua in virtù del titolo o di prescrizione, rispondono i contradittori. Perfettamente, diciamo noi, ma l'ipotesi che gli avversarii sostengono, non si riferirebbe al caso in cui l'obbligazione di pagare l'indennità al proprietario non sorge, bensì piuttosto a quello in cui dopo sorta si estingue.

Ora la legge non doveva prendere in considerazione e sancire se non i casi in cui l'obbligazione dell'indennizzo non veniva in essere; chè degli altri, nei quali dopo sorta si estingueva, sarebbe stato inutile il discorso. Perciò le parole in esame devono appunto riferirsi alla prescrizione già compiuta, quando si verifichi la necessità degli abitanti.

Questa interpretazione, inoltre, si coordinà facilmente con tutto il sistema del codice sulla materia. Abbiamo infatti, in in primo luogo una attribuzione *ex lege* del diritto di impedire la deviazione dell'acqua di una sorgente, ogniqualvolta si verifichi la condizione della necessità dell'uso della medesima da parte di una popolazione. Abbiamo dopo, in conseguenza di quella, un obbligo generico imposto al Comune o frazione di indennizzare il proprietario: quest'obbligo tuttavia non sorge, per una naturale eccezione, quando il Comune o la frazione abbia già quesito per altra via (titolo o prescrizione) il diritto ad usare dell'acqua; e, possiamo aggiungere, tale obbligazione, come qualunque altra, deve pure estinguersi in virtù della prescrizione di 30 anni.

Quindi, a parte il titolo, il Comune o la frazione possono prescrivere a loro favore un'acqua necessaria o no, con le opere e col tempo stabiliti dall'art. 541, come qualsiasi privato; se invece si verifichi la necessità, acquisteranno *ipso iure*, il diritto dell'uso, ma si troveranno ad essere, per disposizione di legge, debitori verso il proprietario della sorgente di un'indennità da determinarsi, a meno che avessero già anteriormente diritto all'uso dell'acqua, in virtù di un titolo o della prescrizione.

Questa dottrina, del resto non nuova, è professata apertamente dal Romagnosi (1). Giova ripetere le sue parole a proposito dell'art. 643 del Cod. franc.: « Il legislatore qui ha « contemplato due casi. Il primo che il Comune, villaggio o « borgata abbia acquistata la servitù in via di prescrizione; il « secondo che essa non possa far valere questo titolo. Nel primo « caso non usciamo più dalle regole dell'ordinario diritto civile « privato; nel secondo si esce dalla sfera ordinaria per far va- « lere il principio della pubblica necessità, salva l'indennizza- « zione del padrone dell'acqua. Qui si verifica il caso di una « servitù indotta per fatto della legge e convalidata con con- « tratto fra il padrone dell'acqua ed il dato Comune ».

Prima di passare a discutere dell'indennità dovuta al proprietario della sorgente, aggiungiamo qualche osservazione sulla natura di questa limitazione.

Si potrebbe dubitare se essa consista in una vera e propria servitù prediale, ovvero in un'obbligazione di non fare, imposta dalla legge al proprietario del fondo. Però le difese possessorie che indubbiamente devono essere concesse al Comune a fine di poter riavere in qualunque momento l'uso dell'acqua (giacchè sarebbe assurdo supporre un'azione di semplici danni-interessi, quale dovrebbe essere nel presupposto che si trattasse di una obbligazione), ci dimostrano la natura reale della limitazione imposta al proprietario del fondo. D'altra parte è pur facile ricondurla ad una vera e propria servitù di presa d'acqua (2), col particolare carattere, tuttavia, di esser posta a vantaggio delle persone invece che, come le altre, a vantaggio delle cose (3).

Abbiamo già accennato che tale servitù viene acquistata mediante una assegnazione *ex lege*, fatta a favore del Comune che in tal modo, fin dal primo momento in cui abbisogna dell'acqua, ottiene un vero e proprio diritto quesito su di essa (4).

Osservisi però ancora che la legge pone questa limitazione alla proprietà altrui a tutela dell'uso pubblico: il che rivela in

(1) Romagnosi, *Condotta*, § 139.
(2) Romagnosi, *Condotta*, § 140.
(3) Pacifici, op. cit. n. 109.
(4) Romagnosi, *Condotta*, § 139. — Demolombe, I, 98.

essa un carattere di pubblicità o demanialità. L'elemento infatti dell'uso pubblico che qui si riscontra tutelato dalla legge [1] è lo stesso elemento che si ritrova in tutte le cose demaniali, con la differenza però che in queste la proprietà privata viene a comprimersi siffattamente da essere del tutto esclusa; qui invece, la proprietà privata rimane interamente, pur venendo a subire l'imposizione di questa servitù.

Parlando della demanialità, abbiamo visto che essa, come categoria astratta, può talora (quando cioè l'uso pubblico non sia troppo grande) farsi giungere, non all'esclusione della proprietà dei privati, ma ad una semplice limitazione di questa. Ciò si ricollega ai concetti sulla demanialità di uso, per cui la cosa demaniale può trovarsi in proprietà dei privati [2].

A questa specie di demanialità si potrebbe ricondurre la servitù dell'art. 542. Essa, infatti, pur tutelando l'uso pubblico, non assoggetta la sorgente al demanio ma le lascia intera la commerciabilità.

Chè, se non si voglia accettare la demanialità di uso, potremo considerare questa limitazione come uno dei tanti casi in cui l'uso pubblico limita il diritto dei privati, senza però escluderlo totalmente.

Poche considerazioni ci restano da fare circa la indennità. Il Codice usa la parola « indennità », e non « prezzo », in quanto che, essendo l'attribuzione della servitù in esame fatta *ex lege*. per guisa che essa si verifica *ipso iure* dal primo momento in cui esiste la necessità da parte degli abitanti, era naturale che l'obbligo di pagare un compenso al proprietario della sorgente si presentasse come un rapporto obbligatorio ad essa conseguente, che trova la sua ragione di essere appunto nella diminuzione di diritti, cagionata a costui.

La particolare natura di questa specie di espropriazione viene pure confermata dall'osservazione del Laurent [3], il quale

(1) Laurent, VII, 212.

(2) Pacifici-Mazzoni, *Distinzione dei beni*, § 68. Istit., III, § 74, n. 5 e note 5 e 6.

(3) Laurent, VII, 221.

giustamente nota che, mentre d'ordinario l'indennità precede, o almeno è contemporanea, alla diminuzione di diritti sofferta, in questo caso essa segue la medesima.

Rispetto all'importo della indennità è ovvio che esso debba essere calcolato, non alla stregua della necessità degli abitanti, chè sarebbe insieme iniquo ed assurdo, ma a misura del danno subìto dal proprietario per tale limitazione. Si deve rendere proprietario indenne, *quod est sine damno*, vale a dire deve aversi riguardo non al vantaggio che il comune ottiene, ma al pregiudizio che con questa servitù viene inflitto al proprietario [1].

A tale proposito è da notare come talvolta, ed anche spesso, il montare dell'indennità potrà non uguagliare il prezzo dell'acqua vincolata, appunto perchè essa potrà ancora riuscire in molte cose utile al proprietario. Certamente però dovrà sempre ritenersi maggiore di molto del compenso accennato all'art. 545, perchè ivi può dirsi che non si abbia alcun incomodo e nessun vincolo propriamente detto per il proprietario, e che il compenso faccia quindi le veci di una speciale forma di ricognizione di dominio, affinchè un estraneo non abbia ad arricchirsi senza cagione con la cosa altrui.

Il pagamento dell'indennità deve esser fatto da coloro che si avvantaggiano delle acque [2].

Ciò è ovvio nel caso che sia un Comune che usi dell'acqua; ma è stato contradetto [3] quando si tratti di frazione, giacchè, si obbietta, è il Comune che è chiamato a rappresentarla ed amministrarla e che delle sue contribuzioni si avvantaggia. Ma l'erroneità di questo assunto è evidente sol che si avverta che le contribuzioni vanno adibite per servizi generali, di cui tutti i comunisti si avvantaggiano, laddove della sorgente, nel caso nostro, non avrebbero giovamento altro che gli abitanti della frazione, mentre all'incontro l'onere del pagamento dell'indennità graverebbe su tutti i comunisti indistintamente.

[1] Demolombe, op. cit. I, 97; Pardessus, op. cit. n. 138. — Traina, op. cit. p. 113. — Pacifici, n. 106.

[2] Pacifici, n, 106; Demolombe op. cit. I, 97. — Pardessus, n. 138.

[3] Gianzana, *Teoriea*, n. 745; *Acque*, n. 823.

La competenza in tali questioni, sia per la verifica dei requisiti necessarii alla limitazione di cui abbiamo parlato, sia per la determinazione dell'indennizzo, spetta soltanto all'autorità giudiziaria. L'autorità amministrativa è sempre estranea, trattandosi di regolare rapporti di diritto privato (1), quantunque fondati, come abbiamo veduto, su criterii di interesse pubblico.

Può la limitazione dell'art. 549 farsi valere anche contro colui cha usa dell'acqua *iure servitutis?* Per i criterii dell'interpretazione analogica, crediamo che debbasi rispondere affermativamente (2).

Nè varrebbe l'opporre, che, dato il carattere di servitù da noi riconosciuto in questo diritto, potesse valere in contrario il principio che *servitus servitutis esse non potest.* Giacchè, avendo noi determinato il carattere particolare di questa servitù, per cui, anche applicandosi ad un' altra servitù, non si subordina ad essa, sarà sempre possibile farla egualmente valere contro il proprietario della sorgente, quando egli ne abbia riacquistato la intera disponibilità.

Ma può una tale servitù risolversi? Senza alcun dubbio, crediamo noi, ogni qualvolta venga meno, per qualsiasi ragione la necessità degli abitanti, giacchè allora *res incidit in eum casum a quo incipere non potest.* Invero il codice la subordina alla necessità medesima degli abitanti, e se si volesse supporre altrimenti, si eccederebbe dai fini della legge, imponendo un'onere tanto gravoso, quanto assurdo sia a carico del proprietario, impedendogli senza alcuna ragione di riottenere l'intera disponibilità della sorgente, sia del Comune, al quale del pari si vieterebbe di riottenere, almeno in parte, l'indennità pagata, sbarazzandosi di una cosa divenuta per esso ormai inutile.

E con questo terminiamo una rassegna, riuscita forse faticosa e molesta ai nostri lettori non meno che a noi che l'abbiamo fatta.

(1) Gianzana, *Teorica*, n. 746. — Lomonaco, op. cit. art. 542.
(2) Gianzana, *Teorica*, n. 753.

Ma l'importanza della questione ce l'ha consigliata; nella fiducia altresì che non sarebbe stata senza frutto una rapida corsa, fatta attraverso ai campi de' diversi diritti, dai quali si è svolto il nostro, prendendo le mosse dal greco, i cui germi, com'è noto, furono poscia maturati nel romano. Mercè di essa infatti, e anche mercè la discussione delle diverse sentenze degli autori e la minuta analisi delle fonti, il lettore amico di questi studii avrà potuto mettersi in grado di giudicare a ragion veduta, coi lumi delle leggi, non meno che della tradizione, della giurisprudenza e della dottrina, la bontà ed i difetti di questa parte della nostra legislazione, attualmente tanto controversa.

INDICE

PARTE QUARTA — Diritto civile.